

予備試験論文式試験

H30年

過去問レジュメ

TACw セミナー 司法試験講座

※無断複製・無断転載禁止

目次

受講に関するお願い・注意点	1
憲法	2
出題の趣旨・ポイント	4
講師作成答案例	8
行政法	10
出題の趣旨・ポイント	12
講師作成答案例	16
民法	18
出題の趣旨・ポイント	20
講師作成答案例	24
商法	26
出題の趣旨・ポイント	28
講師作成答案例	32
民事訴訟法	34
出題の趣旨・ポイント	36
講師作成答案例	40
刑法	42
出題の趣旨・ポイント	44
講師作成答案例	46
刑事訴訟法	48
出題の趣旨・ポイント	50
講師作成答案例	54
法律実務基礎科目（民事）	56
出題の趣旨・ポイント	60
講師作成答案例	64
法律実務基礎科目（刑事）	66
出題の趣旨・ポイント	72
講師作成答案例	76

《受講に関するお願い・注意点》

- 1 受講に際しては、事前に問題文を読んだ上で、簡単な答案構成メモ等を作成することをおすすめします。
- 2 平成 30 年の予備試験の問題については、平成 30 年 7 月を解答の基準時にして下さい。もっとも、解答の際に適用する法令は、現在において施行されているものとします。そのため、例えば、平成 30 年当時に締結された売買契約に関して買主に錯誤がある事案では、本来であれば、民法旧 95 条の錯誤無効を検討するのですが、そうではなくて、改正後の民法 95 条の錯誤取消しを検討することになります。
- 3 近年の法改正により、条文や法概念が消滅したために、現行法との関係で維持することが困難な表現や内容が問題文に含まれている場合があります。そのような問題については、該当箇所付近に「※」を付した上、問題文余白において、変更点等に関する注釈を掲載していますから、それにしたがって解答してください。

[憲 法]

次の文章を読んで、後記の〔設問〕に答えなさい。

A市教育委員会（以下「市教委」という。）は、同市立中学校で使用する社会科教科書の採択について、B社が発行する教科書を採択することを決定した。A市議会議員のXは、A市議会の文教委員会の委員を務めていたところ、市教委がB社の教科書を採択する過程で、ある市議会議員が関与していた疑いがあるとの情報を、旧知の新聞記者Cから入手した。そこで、Xは、市教委に対して資料の提出や説明を求め、関係者と面談するなどして、独自の調査を行った。

Xの調査とCの取材活動により、教科書採択の過程で、A市議会議員のDが、B社の発行する教科書が採択されるよう、市教委の委員に対して強く圧力を掛けていた疑いが強まった。Cの所属する新聞社は、このDに関する疑いを報道し、他方で、Xは、A市議会で本格的にこの疑いを追及すべきであると考え、A市議会の文教委員会において、「Dは、市教委の教科書採択に関し、特定の教科書を採択させるため、市教委の委員に不当に圧力を掛けた。」との発言（以下「本件発言」という。）をした。

これに対し、Dは、自身が教科書採択の過程で市教委の委員に圧力を掛けた事実はなく、Xの本件発言は、Dを侮辱するものであるとして、A市議会に対し、Xの処分を求めた（地方自治法第133条参照）。

その後、Dが教科書採択の過程で市教委の委員に圧力を掛けたという疑いが誤りであったことが判明し、Cの所属する新聞社は訂正報道を行った。A市議会においても、所定の手続を経た上で、本会議において、Xに対し、「私は、Dについて、事実に反する発言を行い、もってDを侮辱しました。ここに深く陳謝いたします。」との内容の陳謝文を公開の議場において朗読させる陳謝の懲罰（地方自治法第135条第1項第2号参照）を科すことを決定し、議長がその懲罰の宣告をした（この陳謝の懲罰を以下「処分1」という。）。

しかし、Xが陳謝文の朗読を拒否したため、D及びDが所属する会派のA市議会議員らは、Xが処分1に従わないことは議会に対する重大な侮辱であるとの理由で、A市議会に対し、懲罰の動議を提出した。A市議会は、所定の手続を経た上で、本会議において、Xに対し、除名の懲罰（地方自治法第135条第1項第4号参照）を科すことを決定し、議長がその懲罰の宣告をした（この除名の懲罰を以下「処分2」という。）。

Xは、Dに関する疑いは誤りであったものの、本件発言は、文教委員会の委員の活動として、当時一定の調査による相応の根拠に基づいて行った正当なものであるから、①自己の意に反して陳謝文を公開の議場で朗読させる処分1は、憲法第19条で保障されるべき思想・良心の自由を侵害するものであること、②議会における本件発言を理由に処分1を科し、それに従わないことを理由に処分2の懲罰を科すことは、憲法第21条で保障されるべき議員としての活動の自由を侵害するものであることを理由として、処分2の取消しを求める訴えを提起しようとしている。

〔設問〕

Xの提起しようとしている訴えの法律上の争訟性について言及した上で、Xの憲法上の主張とこれに対して想定される反論との対立点を明確にしつつ、あなた自身の見解を述べなさい。

【資料】地方自治法（昭和22年法律第67号）（抄録）

第133条 普通地方公共団体の議会の会議又は委員会において、侮辱を受けた議員は、これを議会に訴えて処分を求めることができる。

第134条 普通地方公共団体の議会は、この法律並びに会議規則及び委員会に関する条例に違反した議員に対し、議決により懲罰を科することができる。

② （略）

第135条 懲罰は、左の通りとする。

- 一 公開の議場における戒告
- 二 公開の議場における陳謝
- 三 一定期間の出席停止
- 四 除名

②・③（略）

出題の趣旨

本問は、地方議会の内部における紛争について、①その法律上の争訟性を論じた上で、②陳謝の懲罰（処分1）を科すことがXの良心の自由を侵害し、憲法第19条に反しないか、③処分1に従わなかったことを理由とする除名の懲罰（処分2）を科すことが、Xの議員としての活動の自由を侵害し、憲法第21条に反しないかを論ずることを求める問題である。①については、地方議会における除名処分が司法審査の対象となることを示した最高裁判例（最高裁昭和35年10月19日大法廷判決、民集第14巻第12号2633頁等）を踏まえて検討することが求められる。②は、最高裁判例（謝罪広告事件・最高裁昭和31年7月4日大法廷判決、民集第10巻7号785頁）を参照しながら、本問における事情の下で、Xの良心の自由を侵害するものであるかを論ずる必要がある。③は、地方議会の議員としての活動の自由が憲法第21条で保障されるかを論じた上で、議会における発言を理由として科された処分1に従わなかったことを理由として、議員としての身分を剥奪する処分2が科されたことについて、その合憲性を検討することが求められる。②・③については、いずれも、地方議会に自律権として認められている懲罰権を意識しながら論ずることが重要である。

基本ポイント

- 1 本問では、まず、Xの提起しようとしている訴えの法律上の争訟性について言及することが求められている。この点について、出題当時は、地方議会の議員に対する懲罰に関する下記の判例①を踏まえる必要があったが、近時、これを変更する判例②が登場したことから、今後は、判例②を踏まえる必要がある。

判例①（最大判昭 35. 10. 19）

「思うに、司法裁判権が、憲法又は他の法律によつてその権限に属するものとされているものの外、一切の法律上の争訟に及ぶことは、裁判所法3条の明定するところであるが、ここに一切の法律上の争訟とはあらゆる法律上の係争という意味ではない。一口に法律上の係争といつても、その範囲は広汎であり、その中には事柄の特質上司法裁判権の対象の外におくを相当とするものがあるのである。けだし、自律的な法規範をもつ社会ないしは団体に在つては、当該規範の実現を内部規律の問題として自治的措置に任せ、必ずしも、裁判にまつを適当としないものがあるからである。本件における出席停止の如き懲罰はまさにそれに該当するものと解するを相当とする。（尤も昭和35年3月9日大法廷判決…は議員の除名処分を司法裁判の権限内の事項としているが、右は議員の除名処分の如きは、議員の身分の喪失に関する重大事項で、単なる内部規律の問題に止らないからであつて、本件における議員の出席停止の如く議員の権利行使の一時的制限に過ぎないものとは自ら趣を異にしているのである。従つて、前者を司法裁判権に服させても、後者については

別途に考慮し、これを司法裁判権の対象から除き、当該自治団体の自治的措置に委ねるを
適当とするのである。)」

判例①により、従前は、司法権が及ぶかどうかは、地方議会における内部規律の問題
といえるかどうかにより区別されていた。

判例②（最大判令 2. 11. 25）

「(1) 普通地方公共団体の議会は、地方自治法並びに会議規則及び委員会に関する条例
に違反した議員に対し、議決により懲罰を科することができる（同法 134 条 1 項）ところ、
懲罰の種類及び手続は法定されている（同法 135 条）。これらの規定等に照らすと、出席
停止の懲罰を科された議員がその取消しを求める訴えは、法令の規定に基づく処分の取消
しを求めるものであって、その性質上、法令の適用によって終局的に解決し得るものとい
うべきである。 (2)ア 憲法は、地方公共団体の組織及び運営に関する基本原則として、
その施策を住民の意思に基づいて行うべきものとするいわゆる住民自治の原則を採用し
ており、普通地方公共団体の議会は、憲法にその設置の根拠を有する議事機関として、住
民の代表である議員により構成され、所定の重要事項について当該地方公共団体の意思を
決定するなどの権能を有する。そして、議会の運営に関する事項については、議事機関と
しての自主的かつ円滑な運営を確保すべく、その性質上、議会の自律的な権能が尊重され
るべきであるところ、議員に対する懲罰は、会議体としての議会内の秩序を保持し、もっ
てその運営を円滑にすることを目的として科されるものであり、その権能は上記の自律的
な権能の一内容を構成する。 イ 他方、普通地方公共団体の議会の議員は、当該普通地
方公共団体の区域内に住所を有する者の投票により選挙され（憲法 93 条 2 項、地方自治
法 11 条、17 条、18 条）、議会に議案を提出することができ（同法 112 条）、議会の議事
については、特別の定めがある場合を除き、出席議員の過半数でこれを決することができる
（同法 116 条）。そして、議会は、条例を設け又は改廃すること、予算を定めること、所
定の契約を締結すること等の事件を議決しなければならない（同法 96 条）ほか、当該普
通地方公共団体の事務の管理、議決の執行及び出納を検査することができ、同事務に関す
る調査を行うことができる（同法 98 条、100 条）。議員は、憲法上の住民自治の原則を具
現化するため、議会が行う上記の各事項等について、議事に参与し、議決に加わるなどし
て、住民の代表としてその意思を当該普通地方公共団体の意思決定に反映させるべく活動
する責務を負うものである。 ウ 出席停止の懲罰は、上記の責務を負う公選の議員に対
し、議会がその権能において科する処分であり、これが科されると、当該議員はその期間、
会議及び委員会への出席が停止され、議事に参与して議決に加わるなどの議員としての中
核的な活動を行うことができず、住民の負託を受けた議員としての責務を十分に果たすこ
とができなくなる。このような出席停止の懲罰の性質や議員活動に対する制約の程度に照
らすと、これが議員の権利行使の一時的制限にすぎないものとして、その適否が専ら議会
の自主的、自律的な解決に委ねられるべきであるということとはできない。そうすると、出
席停止の懲罰は、議会の自律的な権能に基づいてされたものとして、議会に一定の裁量が

認められるべきであるものの、裁判所は、常にその適否を判断することができるというべきである。」(3) したがって、普通地方公共団体の議会の議員に対する出席停止の懲罰の適否は、司法審査の対象となるというべきである。これと異なる趣旨をいう所論引用の当裁判所大法廷昭和 35 年 10 月 19 日判決その他の当裁判所の判例は、いずれも変更すべきである。」

判例②は、司法権が及ぶかどうかについて、地方議会における内部規律の問題といえるかどうかを問題とした判例①を変更し、「常にその適否を判断することができる」としている。したがって、除名の適否が問題となっている本問においても、判例②を踏まえた解答をすることになる。

- 2 次に、Xの憲法上の主張、想定される反論（との対立点）及び私見の検討においては、①処分1に関する憲法 19 条違反及び②処分1及び処分2に関する憲法 21 条 1 項違反について、区別して論じることが必須である。

まず、①については、処分1が、④Xに陳謝の意をもつことを強制するものか、⑤Xに陳謝の意をもっていることを外部に表現すること（外部的行為）を強制するものかを判断する必要がある。そして、④と判断した場合、思想・良心の保護範囲を検討することになるところ、人の内心における物の見方ないし考え方であり、事物に対する是非弁別を含む内心一般をいうとする立場（広義説）と人生観、世界観、思想体系、政治的意見等のように人格形成に関連のある内心の活動をいうとする立場（限定説）の対立（最大判昭 31.7.4 参照）を踏まえて、広義説の立場からXの憲法上の主張を組み立てなければならない。他方、⑤と判断した場合、思想・良心の自由は、内心の自由を保障するものであり、基本的に外部的行為の自由を保障するものではないから、広義説の立場からXの憲法上の主張を組み立てる際、その外部的行為が思想・良心と不可分に結び付く行為であること（最判平 23.5.30 参照）をも主張しなければならない。これに対し、A市からは、限定説に依拠した反論及び外部的行為との不可分性を否定する反論が想定されるため、私見のパートでは、これらの点について、事案に即して判断することになる。

次に、②については、表現の自由の保障の根拠（自己実現、自己統治等）から、本件発言を含む地方議会議員としての活動も表現の自由により保障されることを論じることになる。その上で、Xの憲法上の主張としては、本件発言は、その内容たる事実誤りがあつたが、一定の調査による相応の根拠に基づいて行った正当なものであり、Dに対する「侮辱」（地方自治法 133 条）に当たらないから、本件発言を理由に陳謝文の朗読を強制し（処分1）、これを行わないことを理由に除名すること（処分2）は、本件発言を排除するものであり、表現の自由を侵害するというものになる。これに対し、A市からは、Xの誤信につき相当の理由がないとの反論が想定されるため、私見のパートでは、「確実な資料、根拠に照らし相当の理由がある」（最大判昭 44.6.25）かどうかを検討することになる。

応用ポイント

1	裁判所の審査の対象・限界について検討していること →処分1及び処分2は、A市議会の自律権としての懲罰権の行使であるから、これに対する裁判所の審査は、政党内の懲罰権の行使の場合（最判昭63.12.20参照）と同様、法に照らして適正な手続でなされたかという点に限られるかどうかを論じている。
2	本件発言の「侮辱」（地方自治法133条）該当性の検討において、名誉毀損罪に関する免責事由を規定する刑法230条の2第1項を踏まえていること →①公共の利害に関する事実，②専ら公益を図る目的，③真実であることの証明又は真実であると誤信した相当の理由という3要件を意識して論じている。

1 第1 法律上の争訟性

2 1 裁判所が処分2に対して「司法権」(憲法76条1項)を行使するため
3 には、処分2に係る紛争が「法律上の争訟」(裁判所法3条1項)に当た
4 る必要がある。そして、「司法権」とは、具体的な争訟につき、法
5 を適用し、宣言することで、これを裁定する国家作用をいい、「法律上の
6 争訟」とは、具体的な争訟と同義であり、①当事者間の具体的な権利義
7 務ないし法律関係の存否に関する紛争で、②法令の適用により終局的に
8 解決できるものをいう。処分2に係る紛争は、①Xの陳謝義務の有無及
9 びA市議会議員としての地位の存否に関する紛争であるから、当事者間
10 の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争といえ、②地方
11 自治法134条1項、135条1項に基づく処分1及び処分2の適法性が問
12 題となるから、法令の適用により終局的に解決できるものといえる。し
13 たがって、「法律上の争訟」に当たる。

14 2 そして、A市議会には、地方議会(憲法93条1項)としての自律権が
15 あり、これに基づく懲罰権の行使について一定の裁量があるが、議員は、
16 住民自治の原則を具現化する重要な責務を負うから、その活動を制約す
17 る懲罰の適否については、常に司法権が及ぶと解する。したがって、裁
18 判所は、処分2に対して司法権を行使できる。

19 第2 Xの憲法上の主張

20 1(1) 処分1は、憲法19条に反する。

21 (2)ア 同条の思想・良心とは、人の内心における物の見方ないし考え方
22 であり、事物に対する是非弁別を含む内心一般をいう。そして、思
23 想・良心の侵害は、通常、思想・良心と不可分に結び付く行為の強
24 制・禁止という形で行われるから、同条は、思想・良心と不可分に
25 結び付く行為を強制・禁止されない自由も保障する。Xは、Dに対
26 する陳謝文を朗読すべきでないと判断しているところ、この判断は、
27 事物に対する是非弁別であるから、陳謝文の朗読を強制されない自
28 由は、同条で保障される。

29 イ 他方、処分1は、Xの朗読を強制されない自由を制約する。

30 ウ そして、思想・良心の自由は、精神的自由権の中核にある重要な
31 権利であるところ、処分1は、自己の意に反する陳謝文の朗読をX
32 自身に強制するものであるから、これを直接的に制約するものであ
33 る。したがって、処分1は、目的が必要不可欠であり、手段が必要
34 最小限度でない限り、違憲となる。

35 処分1の目的は、Dの議員としての名誉を回復する点にあるが、
36 その利益は、Xの思想・良心の自由の価値を上回るものとはいえな
37 いから、必要不可欠ではない。また、陳謝文から「ここに深く陳謝
38 いたします。」という一文を除いても、Xにおいて、本件発言が誤り
39 であること及びDを侮辱したことは認めることになるから、Dの名
40 誉回復は図れるし、X自身が朗読しなくても、同様にDの名誉回復
41 は図れるため、手段は、過剰であり、必要最小限度でない。したが
42 って、処分1は、憲法19条に反する。

43 2(1) 処分1及び処分2は、憲法21条1項に反する。

44 (2)ア 表現の自由は、自己実現及び自己統治の価値を持つ重要な権利で

あるところ、地方議会議員としての活動は、これらの価値に直結するものであるから、同条項で保障される。本件発言は、Xが議員としての活動として行ったものであるから、同条項で保障される。

イ 他方、処分1は本件発言を理由にXに陳謝文の朗読を強制し、処分2は朗読をしないXを除名するものであるから、処分1及び処分2は、本件発言を排除するものであり、Xの表現の自由を制約する。

ウ しかし、本件発言は、①市教委の教科書採択過程における圧力の有無という公共の利害に関する事実に係り、②目的が専ら教科書採択過程の適正確保という公益を図る点にあり、③Xが本件発言の内容を真実であると誤信したことに相当の理由があるから、Dを侮辱するものではない。したがって、本件発言に対する制約を正当化する根拠がないため、処分1及び処分2は、憲法21条1項に反する。

第3 私見

1 A市からは、以下の反論が想定される。まず、処分1及び処分2は、A市議会の自律権としての懲罰権の行使であり、これに対する審査は、法に照らして適正な手続でなされたかという点に限られるべきところ、所定の手続を経ており、違憲とならない。そして、憲法19条違反の主張に対しては、思想・良心とは、人生観、世界観、思想体系、政治的意見等のように人格形成に関連のある内心の活動をいうから、陳謝をするか否かの判断は、思想・良心に含まれない。仮に、含まれるとしても、陳謝文の朗読は、Xの内心と不可分に結び付くものとはいえないし、処分1は、直接的な制約ではない。また、憲法21条1項違反の主張に対しては、Xが本件発言の内容を真実であると誤信したことには相当の理由がないから、本件発言は、Dに対する侮辱に当たる。

2(1) 処分1及び処分2は、Xの憲法上の権利を制約するものであるから、審査は、法に照らして適正な手続でなされたかという点に限られるべきでないとする。

(2) A市の主張のように、思想・良心の内容を限定すると、思想・良心の自由の保障が十分なものとならない。したがって、Xの主張のように、広く解するべきである。よって、陳謝をするか否かの判断は、思想・良心に含まれる。そして、陳謝文の朗読は、一般的・客観的に見て、議員としての儀礼的行為の性質を有さないから、Xの内心と不可分に結び付くものといえる。もっとも、処分1は、特定の思想・良心と不可分に結び付く行為を強制するものではないから、直接的な制約ではない。そこで、処分1は、目的が重要で、手段と目的との間に実質的関連性がある場合、合憲となると解する。まず、Dの名誉回復という目的は重要である。そして、処分1により、Dの名誉は回復されるから、手段と目的との間に実質的関連性がある。したがって、処分1は、憲法19条に反しない。

(3) Xは、一定の調査に基づき本件発言を行っているが、Dから圧力をかけられた市教委の委員の発言等の確実な資料・根拠を有していないから、発言内容たる事実を真実であると誤信したことについて、相当の理由がない。したがって、本件発言は侮辱に当たるから、処分1及び処分2は、憲法21条1項に反しない。

以上

[行政法]

XはY県において浄水器の販売業を営む株式会社であるところ、Y県に対して「Xが消費者に対して浄水器の購入の勧誘を執拗に繰り返している。」との苦情が多数寄せられた。Y県による実態調査の結果、Xの従業員の一部が、購入を断っている消費者に対して、(ア)「水道水に含まれる化学物質は健康に有害ですよ。」、(イ)「今月のノルマが達成できないと会社を首になるんです。人助けだと思って買ってください。」と繰り返し述べて浄水器の購入を勧誘していたことが判明した。

そこでY県の知事（以下「知事」という。）は、Xに対してY県消費生活条例（以下「条例」という。）第48条に基づき勧告を行うこととし、条例第49条に基づきXに意見陳述の機会を与えた。Xは、この意見陳述において、①Xの従業員がした勧誘は不適正なものではなかったこと、②仮にそれが不適正なものに当たるとしても、そのような勧誘をしたのは従業員の一部にすぎないこと、③今後は適正な勧誘をするよう従業員に対する指導教育をしたことの3点を主張した。

しかし知事は、Xのこれらの主張を受け入れず、Xに対し、条例第25条第4号に違反して不適正な取引行為を行ったことを理由として、条例第48条に基づく勧告（以下「本件勧告」という。）をした。本件勧告の内容は、「Xは浄水器の販売に際し、条例第25条第4号の定める不適正な取引行為をしないこと」であった。

本件勧告は対外的に周知されることはなかったものの、Xに対して多額の融資をしていた金融機関Aは、Xの勧誘についてY県に多数の苦情が寄せられていることを知り、Xに対し、Xが法令違反を理由に何らかの行政上の措置を受けて信用を失墜すれば、融資を停止せざるを得ない旨を通告した。

Xは、融資が停止されると経営に深刻な影響が及ぶことになるため、Y県に対し、本件勧告の取消しを求めて取消訴訟を提起したが、さらに、条例第50条に基づく公表（以下「本件公表」という。）がされることも予想されたことから、本件公表の差止めを求めて差止訴訟を提起した。

以上を前提として、以下の設問に答えなさい。

なお、条例の抜粋を【資料】として掲げるので、適宜参照しなさい。

[設問1]

Xは、本件勧告及び本件公表が抗告訴訟の対象となる「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たることについて、どのような主張をすべきか。本件勧告及び本件公表のそれぞれについて、想定されるY県の反論を踏まえて検討しなさい。

[設問2]

Xは、本件勧告の取消訴訟において、本件勧告が違法であることについてどのような主張をすべきか。想定されるY県の反論を踏まえて検討しなさい（本件勧告の取消訴訟が適法に係属していること、また、条例が適法なものであることを前提とすること）。

【資料】

○ Y県消費生活条例

(不適正な取引行為の禁止)

第25条 事業者は、事業者が消費者との間で行う取引（中略）に関して、次のいずれかに該当する不適正な取引行為をしてはならない。

一～三 （略）

四 消費者を威迫して困惑させる方法で、消費者に迷惑を覚えさせるような方法で、又は消費者を心理的に不安な状態若しくは正常な判断ができない状態に陥らせる方法で、契約の締結を勧誘し、又は契約を締結させること。

五～九 （略）

(指導及び勧告)

第48条 知事は、事業者が第25条の規定に違反した場合において、消費者の利益が害されるおそれがあると認めるときは、当該事業者に対し、当該違反の是正をするよう指導し、又は勧告することができる。

(意見陳述の機会の付与)

第49条 知事は、前条の規定による勧告をしようとするときは、当該勧告に係る事業者に対し、当該事案について意見を述べ、証拠を提示する機会を与えなければならない。

(公表)

第50条 知事は、事業者が第48条の規定による勧告に従わないときは、その旨を公表するものとする。

(注) Y県消費生活条例においては、資料として掲げた条文のほかに、事業者が第48条の規定による勧告に従わなかった場合や第50条の規定による公表がされた後も不適正な取引行為を継続した場合に、当該事業者に罰則等の制裁を科する規定は存在しない。

出題の趣旨

設問1は、Y県消費生活条例（以下「条例」という）に基づく勧告と公表のそれぞれについて、その処分性（行政事件訴訟法第3条第2項にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」への該当性）の有無の検討を求めるものである。

まず、最高裁判所昭和39年10月29日判決（民集18巻8号1809頁。大田区ゴミ焼却場事件）などで示された処分性の一般論を正しく説明し、処分性の有無を判定する際の考慮要素を挙げることが求められる。また、最高裁判所平成20年9月10日判決（民集62巻8号2029頁。土地区画整理事業計画事件）などの近時の判例では、実効的な権利救済を図るという観点を考慮する場合もあるが、このような実効的な権利救済について指摘することは加点事由となる。

その上で、勧告の処分性については、「公表を受け得る地位に立たされる」という法効果が認められるか否か、条例第49条（※当初掲載した出題の趣旨では条例第48条と記載していましたが、条例第49条の誤りでしたので訂正しました。）に基づく手続保障の存在が処分性を基礎付けるか否か、勧告段階での実効的な救済の必要が認められるか否か、の3点について当事者の主張を展開することが求められる。

同様に、公表の処分性についても、公表のもたらす信用毀損等が法的な効果に当たるか否か、公表に制裁的機能が認められるか否か、公表に対する差止訴訟を認めることが実効的な権利救済の観点から必要か否か、の3点について当事者の主張を展開することが求められる。

設問2は、勧告に処分性が認められることを前提にした上で、勧告の違法性について検討を求めるものである。

まず、条例の文言の抽象性、侵害される権利利益の性質・重大性、専門的判断の必要性の3つを踏まえて、行政庁の裁量権が認められるか否かについて、当事者の主張を展開することが求められる。

次に、Xがした勧誘行為が条例第25条に掲げる「不適正な取引行為」の類型に当てはまるか否かの検討が必要となる。具体的には、同条第4号にいう「威迫して困惑させること」、「迷惑を覚えさせること」、「心理的に不安な状態若しくは正常な判断ができない状態にすること」の3つの要件の該当性を検討することが求められる。

また、条例第48条にいう「消費者の利益が害されるおそれ」の要件については、将来において違反行為が繰り返される可能性を踏まえて、その有無を検討することが求められる。

3つ目として、仮に要件該当性が認められるとしても、その効果として、勧告を行うことが比例原則に反するか否か、あるいは裁量権の逸脱・濫用に当たるか否かの検討が求められる。具体的には、前者については、比例原則に関する一般論を展開した上で、Xの違反行為の態様やその後の対応、Xが受ける不利益の程度を考慮に入れて当事者の主張を展開することが求められる。また、後者については、裁量権の逸脱・濫用に関す

る一般論を展開した上で、Xの違反行為の態様やその後の対応、Xが受ける不利益の程度を考慮に入れて当事者の主張を展開することが求められる。

基本ポイント

- 1 設問1及び設問2は、それぞれ、Xは、「どのような主張をすべきか」という問いである。したがって、解答に際しては、中立的な立場からの論述ではなく、Xの立場から、多少無理筋でも、Xに有利な成り立ち得る主張を行わなければならない。また、その際、想定されるY県の反論についても言及する必要がある。
- 2 設問1では、本件勧告及び本件公表の処分性の検討が求められているため、まず、「処分」の定義（最判昭39.10.29等）を正確に挙げる必要がある。次に、本件勧告及び本件公表につき、公権力性、外部性（直接性ともいう）、個別具体性（直接性ともいう）、法効果性という4要素のうち、どの要素との関係で処分性が問題となるかを意識することが重要である。そして、両者とも、特に法効果性との関係で処分性が問題となるところ、本件勧告については、以下の判例に関する知識を踏まえた検討が求められていたといえる。

判例（最大判平20.9.10）

「土地区画整理事業の事業計画については、いったんその決定がされると、特段の事情のない限り、その事業計画に定められたところに従って具体的な事業がそのまま進められ、その後の手続として、施行地区内の宅地について換地処分が当然に行われることになる。…建築行為等の制限は、このような事業計画の決定に基づく具体的な事業の施行の障害となるおそれのある事態が生ずることを防ぐために法的強制力を伴って設けられているのであり、しかも、施行地区内の宅地所有者等は、換地処分の公告がある日まで、その制限を継続的に課され続けるのである。そうすると、施行地区内の宅地所有者等は、事業計画の決定がされることによって、前記のような規制を伴う土地区画整理事業の手続に従って換地処分を受けるべき地位に立たされるものということができ、その意味で、その法的地位に直接的な影響が生ずるものというべきであり、事業計画の決定に伴う法的効果が一般的、抽象的なものにすぎないということとはできない。…もとより、換地処分を受けた宅地所有者等やその前に仮換地の指定を受けた宅地所有者等は、当該換地処分等を対象として取消訴訟を提起することができるが、換地処分等がされた段階では、實際上、既に工事等も進ちょくし、換地計画も具体的に定められるなどしており、その時点で事業計画の違法を理由として当該換地処分等を取り消した場合には、事業全体に著しい混乱をもたらすことになりかねない。それゆえ、換地処分等の取消訴訟において、宅地所有者等が事業計画の違法を主張し、その主張が認められたとしても、当該換地処分等を取り消すことは公共の福祉に適合しないとして事情判決（行政事件訴訟法31条1項）がされる可能性が

相当程度あるのであり、換地処分等がされた段階でこれを対象として取消訴訟を提起することができるとしても、宅地所有者等の被る権利侵害に対する救済が十分に果たされるとはいえない。そうすると、事業計画の適否が争われる場合、実効的な権利救済を図るためには、事業計画の決定がされた段階で、これを対象とした取消訴訟の提起を認めることに合理性があるというべきである。…以上によれば、市町村の施行に係る土地区画整理事業の事業計画の決定は、施行地区内の宅地所有者等の法的地位に変動をもたらすものであって、抗告訴訟の対象とするに足りる法的効果を有するものといえることができ、実効的な権利救済を図るという観点から見ても、これを対象とした抗告訴訟の提起を認めるのが合理的である。したがって、上記事業計画の決定は、行政事件訴訟法3条2項にいう『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』に当たると解するのが相当である。」

3 設問2では、本件勧告に関する違法性について、検討することが求められている。行政活動・処分の違法事由を検討する際の基本的な着眼点は、以下の通りである。

(1) 実体的違法事由

ア 要件不充足（裁量判断でないことが前提）

要件に該当する事実がないのに、あるものとして処分がなされた場合

イ 裁量権の逸脱濫用（裁量判断であることが前提）

①重要な事実の基礎を欠く場合

②法の趣旨・目的とは異なる目的・動機に基づく場合

③信義則に違反する場合

④平等原則に違反する場合

⑤比例原則に違反する場合

⑥国民の権利・自由を不当に侵害する場合

⑦他事考慮・考慮不尽等がある場合

※ ①から⑥は裁量判断の結果に着目する場合であるのに対し、⑦は裁量判断の過程に着目する場合である。

ウ 一般原則違反（行政活動が個別の法令に違反していないことが前提）

行政活動が信義則、平等原則又は比例原則等に違反する場合

(2) 手続的違法事由

ア 重大な手続違反

告知・聴聞、理由提示、文書閲覧及び審査基準の設定・公表に関する違法の場合

※ 処分の取消事由になり得る。

イ その他の手続違反

本問では、手続的違法事由は認められないから、実体的違法事由を検討することになる。そして、その検討では、条例48条及び25条と本問の事実との関係を精査しなければならない。なお、出題の趣旨には、「仮に要件該当性が認められるとしても、その効果として、勧告を行うことが比例原則に反するか否か、あるいは裁量権の逸脱・濫用に当

たるか否かの検討が求められる。」とあるが、比例原則違反と裁量権の逸脱濫用との関係には踏み込まず、比例原則違反がある場合に裁量権の逸脱濫用となる、と理解すれば良い。

応用ポイント

1	(設問 1) 本件勧告及び本件公表につき、法効果性に関する検討を事案に即して行っていること
2	(設問 1) 権利救済の実効性の観点からの検討をしていること
3	(設問 2) 条例 48 条の要件と効果のそれぞれにつき、違法性を検討していること →要件については充足性の有無を検討し、効果については裁量権の逸脱濫用の有無を検討することになる。

1 第1 設問1

2 1 「処分」(行訴法(以下「法」)3条2項)とは、公権力の主体たる国
3 又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義
4 務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものを
5 いうと解する。

6 2 本件勧告の処分性

7 (1) 本件勧告は、Y県知事が条例48条に基づいて優越的立場から一方的
8 に行うものであり、公権力性が認められる。

9 (2)ア しかし、法効果性については、Y県から、本件勧告は、条例48
10 条の「勧告」という文言及び勧告違反者に対する罰則等の制裁の定
11 めがないことから、事実行為としての行政指導(行手法2条6号参
12 照)であり、法効果を有さないとの反論が想定される。そこで、
13 Xは、以下のように主張すべきである。

14 イ まず、勧告違反者は、「その旨を公表するものとする」とされてお
15 り(条例50条)、Y県知事に公表をするか否かの裁量はないから、
16 公表がされることになる。そうすると、Xは、本件勧告に従わない
17 と判断された場合、相当程度の確実さをもって本件公表がされるか
18 ら、本件勧告により公表を受け得る地位に立つといえる。

19 次に、Y県知事は、勧告をしようとするときは、当該勧告に係る
20 事業者に対し、意見陳述の機会を付与しなければならないとされて
21 いる(条例49条)ところ、これは、不利益処分の際に事前手続とし
22 て執られる意見陳述の機会の付与(行手法13条1項参照)と同様の
23 制度といえる。そうすると、条例48条の文言は「勧告」であるが、
24 立法者は法効果性のある処分であると捉えていたというべきである。

25 そして、勧告違反者になされる公表は、対象者の社会的評価を低
26 下させ、その事業に重大な損害を生じさせるものであるところ、そ
27 の損害は事後的に回復することが困難である。そうすると、本件勧
28 告に違反すると本件公表がなされることから、本件勧告がなされた
29 時点で紛争は成熟しているといえる。したがって、Xの権利救済の
30 実効性を確保するためには、本件勧告に対する処分取消訴訟を認め
31 ることが合理的である。よって、本件勧告には、法効果が認めら
32 れるというべきであるから、処分性が認められる。

33 3 本件公表の処分性

34 (1) 本件公表は、Y県知事が条例50条に基づいて優越的立場から一方的
35 に行うものであり、公権力性が認められる。

36 (2)ア しかし、法効果性については、Y県から、本件公表は、消費者へ
37 の情報提供目的のものであり、対象者に権利義務を生じさせるもの
38 ではないため、事実行為であるから、法効果を有さないとの反論
39 が想定される。そこで、Xは、以下のように主張すべきである。

40 イ まず、本件公表は、本件勧告に従わない場合になされるものであ
41 るから、消費者への情報提供目的にとどまらず、制裁目的のもので
42 ある。次に、本件公表により、対象者であるXの社会的評価は低下
43 し、その事業に重大な損害が生じるところ、この損害は、条例50
44 条に基づく制裁が予定する法的な効果である。そして、公表により

生じる社会的評価の低下という損害は事後的に回復することが困難であるから、Xの権利救済の実効性を確保するためには、本件公表に対する処分差止訴訟(法3条7項)を認めることが合理的である。よって、本件公表には、法効果が認められるというべきであるから、処分性が認められる。

第2 設問2

1(1) 条例48条の要件に関し、Y県からは、以下の反論が想定される。すなわち、Xの従業員の発言(ア)は①「消費者を心理的に不安な状態若しくは正常な判断ができない状態に陥らせる方法」に、発言(イ)は②「消費者を威迫して困惑させる方法」に、これらの発言を繰り返したことは③「消費者に迷惑を覚えさせるような方法」に当たる。また、条例48条が④「消費者の利益が害されるおそれがあると認める」という抽象的な文言を用いているのは、その認定には専門的判断が必要であり、Y県知事に裁量を認める趣旨である。そして、Xは従業員の勧誘は不適正なものでなかったと主張していることから今後も同様の行為が繰り返されるおそれがあるといえるため、④も満たす。

(2) そこで、Xは、以下のように主張すべきである。すなわち、(ア)化学物質が健康に有害であることは周知の事実であるから、①に当たらず、(イ)会社を首になることを告げても消費者自身を威迫することにはならないから、②に当たらず、また、これらを繰り返しても③に当たらない。そして、本件勧告によりXが被る損害は重大かつ事後的回復が困難であり、Y県知事の裁量も限定されるべきであるところ、不適正な勧誘をしたXの従業員は一部にすぎず、また、Xは従業員に対する指導教育を済ませていたから、④にも当たらない。

2(1) 条例48条の効果に関し、Y県からは、以下の反論が想定される。すなわち、条例48条が違反是正手段として指導と勧告を規定し、また「できる」という文言を用いているのは、事業者に対して違反を是正させる手段を採るべきか否か、採るとすれば指導又は勧告のいずれが適切であるかということについては、専門的判断が必要であり、Y県知事に裁量を認める趣旨である。そして、Y県に対して「Xが消費者に対して浄水器の購入の勧誘を執拗に繰り返している。」との苦情が多数寄せられていたのに対し、本件勧告は対外的に周知されることはなかったものであるから、Y県知事には裁量権の逸脱濫用はない。

(2) そこで、Xは、以下のように主張すべきである。すなわち、行政権限は、行政目的を達成するために必要な範囲でのみ用いることが許される(比例原則)ところ、行政庁の処分が比例原則に反する場合、当該処分は、裁量権を逸脱濫用するものとして違法となる(法30条)。そして、不適正な勧誘をしたXの従業員は一部にすぎず、また、Xは従業員に対する指導教育を済ませていたから、今後、消費者の利益が害されるおそれは小さかったといえる。そうすると、Y県知事が、Xに重大な損害を生じさせる本件公表の前提となる本件勧告を行ったことは、消費者の利益保護のために必要な範囲を超えるものであり、比例原則に反し、裁量権の逸脱濫用として違法となる。

以上

[民 法]

次の文章を読んで、後記の〔設問 1〕及び〔設問 2〕に答えなさい。

【事実】

1. Aは、個人で建築業を営むBに雇用された従業員である。同じく個人で建築業を営むCは、3階建の家屋（以下「本件家屋」という。）の解体を請け負ったが、Bは、その作業の一部をCから請け負い、Cが雇用する従業員及びAと共に、解体作業に従事していた。Cは、A及びBに対し、建物解体用の重機、器具等を提供し、Cの従業員に対するのと同様に、作業の場所、内容及び具体的方法について指示を与えていた。
2. Cは、平成26年2月1日、Aに対し、本件家屋の3階ベランダ（地上7メートル）に設置された柵を撤去するよう指示し、Bに対し、Aの撤去作業が終了したことを確認した上で上記ベランダの直下に位置する1階壁面を重機で破壊するよう指示した。
Aは、同日、Cの指示に従って、本件家屋の3階ベランダに設置された柵の撤去作業を開始した。ところが、Bは、Aの撤去作業が終了しないうちに、本件家屋の1階壁面を重機で破壊し始めた。これにより強い振動が生じたため、Aは、バランスを崩して地上に転落し、重傷を負った（以下「本件事故」という。）。なお、Cは、このような事故を防ぐための命綱や安全ネットを用意していなかった。
3. Aは、転落の際に頭を強く打ったため、本件家屋の解体作業に従事していたことに関する記憶を全て失った。しかし、Aは、平成26年10月1日、仕事仲間のDから聞いて、本件事故は【事実】2の経緯によるものであることを知った。
4. その後、Bは、Aに対して本件事故についての損害を賠償することなく、行方不明となった。そこで、Aは、平成29年5月1日、Cに対し、損害賠償を求めたが、Cは、AもBもCの従業員ではないのだから責任はないし、そもそも今頃になって責任を追及されてもCには応じる義務がないとして拒絶した。
5. Aは、平成29年6月1日、弁護士Eに対し、弁護士費用（事案の難易等に照らし、妥当な額であった。）の支払を約して訴訟提起を委任した。Eは、Aを代理して、同月30日、Cに対し、①債務不履行又は②不法行為に基づき、損害賠償金及びこれに対する遅延損害金の支払を請求する訴訟を提起した。

〔設問 1〕

AのCに対する請求の根拠はどのようなものか、【事実】5に記した①と②のそれぞれについて、具体的に説明せよ。また、【事実】5に記した①と②とで、Aにとっての有利・不利があるかどうかについて検討せよ。なお、労災保険給付による損害填補について考慮する必要はない。

【事実（続き）】

6. Cは、本件事故の前から、妻Fと共に、自己所有の土地（以下「本件土地」という。）の上に建てられた自己所有の家屋（以下「本件建物」という。）において、円満に暮らしていた。本件土地はCがFとの婚姻前から所有していたものであり、本件建物は、CがFと婚姻して約10年後にFの協力の下に建築したものである。
7. Cは、Aからの損害賠償請求を受け、平成29年7月10日、Fに対し、【事実】1及び2を説明するとともに、「このままでは本件土地及び本件建物を差し押さえられてしまうので、離婚しよう。本件建物は本来夫婦で平等に分けるべきものだが、Fに本件土地及び本件建物の全部を財産分与し、確定的にFのものとした上で、引き続き本件建物で家族として生活したい。」と

申し出たところ、Fは、これを承諾した。

8. Cは、平成29年7月31日、Fと共に適式な離婚届を提出した上で、Fに対し、財産分与を原因として本件土地及び本件建物の所有権移転登記手続をした。Cは、上記離婚届提出時には、本件土地及び本件建物の他にめぼしい財産を持っていなかった。

CとFとは、その後も、本件建物において、以前と同様の共同生活を続けている。

〔設問2〕

Eは、平成30年5月1日、Aから、㉞CとFとは実質的な婚姻生活を続けていて離婚が認められないから、CからFへの財産分与は無効ではないか、㉟仮に財産分与が有効であるとしても、本件土地及び本件建物の財産分与のいずれについても、Aが全部取り消すことができるのではないか、と質問された。

本件事故についてAがCに対して損害賠償請求権を有し、その額が本件土地及び本件建物の価格の総額を上回っているとした場合、Eは、弁護士として、㉞と㉟のそれぞれにつき、どのように回答するのが適切かを説明せよ。

出題の趣旨

設問1は、労働災害の事案を題材として、安全配慮義務違反を理由とする債務不履行責任や不法行為責任に関する基本的な知識・理解を問うとともに、債務不履行に基づく損害賠償と不法行為に基づく損害賠償とでどのような具体的規律の相違があるかについて、事案に応じた分析を行う能力を試すものである。

請求の根拠に関する解答に当たっては、債務不履行については直接の契約関係にない当事者間における安全配慮義務の成否等に関し、不法行為については注文者・請負人間の使用者責任の成否等に関し、自説を論理的に展開し、事案に応じた当てはめを行うことが求められる。また、有利・不利に関する解答に当たっては、消滅時効、帰責事由や過失の主張立証責任、遅延損害金の起算点等につき、事案に即した評価を行うことが求められる。

設問2は、仮装離婚及びこれに伴う財産分与による責任財産の隠匿について、協議離婚及び財産分与の有効性に関する基本的な知識・理解を問うとともに、財産分与の詐害行為該当性や取消しの範囲について、事案に応じた分析を行う能力を試すものである。

離婚及び財産分与の有効性に関する解答に当たっては、離婚をする意思の意義・内容に関する解釈を展開した上で、離婚の有効性と財産分与の有効性とを論ずることが求められる。また、詐害行為に関する解答に当たっては、財産分与制度の趣旨を踏まえつつ、最高裁昭和58年12月19日判決・民集37巻10号1532頁も意識して、事案に応じた当てはめを行うことが求められる。

基本ポイント

- 1 設問1前段では、AのCに対する「請求の根拠」に関し、①債務不履行と②不法行為のそれぞれについて、「具体的に説明」することが求められている。もっとも、本問では、①債務不履行と②不法行為という法的根拠・法的構成は提示されているため、その要件及び要件該当事実を「請求の根拠」として、「具体的に説明」する必要がある。

まず、①の検討においては、前提として、AC間には直接の契約関係がないことを確認する必要がある。その上で、CがAに対し、どのような法的根拠に基づき、どのような内容の債務（義務）を負うか、また、その義務に違反しているかを論じることになる。そして、解答に際しては、以下の判例①及び②を踏まえることが求められていたといえる。

判例①（最判昭50.2.25）

「安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきものである」。

判例②（最判昭 59. 4. 10）

「雇傭契約は、労働者の労務提供と使用者の報酬支払をその基本内容とする双務有償契約であるが、通常の場合、労働者は、使用者の指定した場所に配置され、使用者の供給する設備、器具等を用いて労務の提供を行うものであるから、使用者は、右の報酬支払義務にとどまらず、労働者が労務提供のため設置する場所、設備もしくは器具等を使用し又は使用者の指示のもとに労務を提供する過程において、労働者の生命及び身体等を危険から保護するよう配慮すべき義務（以下「安全配慮義務」という。）を負っているものと解するのが相当である。もとより、使用者の右の安全配慮義務の具体的内容は、労働者の職種、労務内容、労務提供場所等安全配慮義務が問題となる当該具体的状況等によつて異なるべきものであることはいふまでもない」

次に、②の検討においては、前提として、BがAに対して不法行為責任（民法（以下略）709条）を負うことを確認する必要がある。その上で、CにBを被用者とする使用者責任（715条1項）が認められるかを論じることになる。この点については、BC間に雇用契約（623条）関係がないため、「ある事業のために他人を使用する」の要件を充足するかが問題となるところ、実質的な指揮・監督関係がある場合、同要件を充足すると解されている（大判大6.2.22等）ことを踏まえて解答する必要がある。

- 2 設問1後段では、①と②について、Aにとっての有利・不利の比較を行うことになる。この点については、消滅時効期間の長短及び帰責事由や過失等の主張立証責任の所在・立証の難易に関し、既存の知識・議論の内容を単に記載するのではなく、事案に即して比較検討を行うことが必須となる。
- 3 設問2の㉔については、まず、CからFへの財産分与（768条1項、以下「本件分与」という。）は、CF間の協議離婚（763条）を前提とするため、この協議離婚が無効である場合、同様に無効となるという関係にあることを確認する必要がある。そして、CとFは、協議離婚の際、実質的な婚姻生活を続ける意思を有していたが、離婚意思は、当事者が法律上の婚姻関係を解消するために離婚の届出（764条・739条）をする意思がある場合に認められると解されているから、CとFには離婚意思が認められるということになる。そのため、CF間の協議離婚は有効であるから、本件分与も有効となると回答するのが適切である。
- 4 設問2の㉕については、本件分与を取り消すための法的根拠が詐害行為取消権（424条1項）であるところ、身分行為等の「財産権を目的としない行為」（同条2項）は詐害行為に当たらないことを踏まえて回答する必要がある。この点については、以下の判例に関する知識が求められていたといえる。

判例（最判昭 58. 12. 19）

「離婚における財産分与は、夫婦が婚姻中に有していた実質上の共同財産を清算分配するとともに、離婚後における相手方の生活の維持に資することにあるが、分与者の有責行為によつて離婚をやむなくされたことに対する精神的損害を賠償するための給付の要素

をも含めて分与することを妨げられないものというべきであるところ、財産分与の額及び方法を定めるについては、当事者双方がその協力によつて得た財産の額その他一切の事情を考慮すべきものであることは民法 768 条 3 項の規定上明らかであり、このことは、裁判上の財産分与であると協議上のそれであるによつて、なんら異なる趣旨のものではないと解される。したがつて、分与者が、離婚の際既に債務超過の状態にあることあるいはある財産を分与すれば無資力になるということも考慮すべき右事情のひとつにほかならず、分与者が負担する債務額及びそれが共同財産の形成にどの程度寄与しているかどうかも含めて財産分与の額及び方法を定めることができるものと解すべきであるから、分与者が債務超過であるという一事によつて、相手方に対する財産分与をすべて否定するのは相当でなく、相手方は、右のような場合であつてもなお、相当な財産分与を受けることを妨げられないものと解すべきである。そうであるとするならば、分与者が既に債務超過の状態にあつて当該財産分与によつて一般債権者に対する共同担保を減少させる結果になるとしても、それが民法 768 条 3 項の規定の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情のない限り、詐害行為として、債権者による取消の対象となりえないものと解するのが相当である。」

応用ポイント

1	(設問 1 前段 (①債務不履行責任)) AC 間に認められる法律関係につき、事案に即して検討していること →C は、B だけでなく A に対しても、建物解体用の重機、器具等を提供し、C の従業員に対するのと同様に、作業の内容、場所及び具体的方法について指示を与えていたから、AC 間にも雇用 (623 条) 又は請負契約 (632 条) 類似の関係が認められる。
2	(設問 1 前段 (①債務不履行責任)) C の負う義務の具体的内容及び義務違反の有無につき、事案に即して検討していること
3	(設問 1 前段 (②不法行為責任)) BC 間に実質的な指揮・監督関係が認められるかどうかにつき、事案に即して検討していること
4	(設問 1 後段 (A にとっての有利・不利)) 弁護士費用の請求の可否及び遅延損害金の起算点を含めて、事案に即して比較検討していること →相手方に対する弁護士費用の請求については、一般的に債務不履行に基づく損害賠償請求の場合は認められないが、債務不履行が安全配慮義務違反のときは、不法行為に基づく損害賠償請求の場合と同様、認められると解されている (最判平 24. 2. 24)。また、遅延損害金の起算点 (履行遅滞の時期) は、債務不履行に基づく損害賠償請求権の場合は相手方に対する請求時である (最判昭 55. 12. 18) が、不法行為に基づく損害賠償請求権の場合は損害発生時である (最判昭 37. 9. 4)。

5	(設問 2 (①の回答)) 詐害行為取消しの対象が財産分与のうち不相当に過大な部分に限られることを踏まえて、本件分与の取消対象を具体的に検討していること
---	--

1 第1 設問1前段 (①債務不履行責任 (民法 (以下略) 415 条))

2 1 ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間で
3 は、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対
4 して信義則 (1 条 2 項) 上負う義務としての安全配慮義務が認められる。
5 そして、安全配慮義務は、自己の支配管理する人的・物的環境から生ず
6 べき生命・身体の危険の防止に関して生じるものである。そこで、Cが
7 Aに対して安全配慮義務を負い、その義務違反としての債務不履行責任
8 が認められるかが問題となる。

9 2 BC間には請負契約 (632 条) 関係があるが、Bの従業員であるAと
10 Cとの間には直接の契約関係がない。しかし、Cは、BだけでなくAに
11 対しても、建物解体用の重機、器具等を提供し、Cの従業員に対するの
12 と同様に、作業の内容、場所及び具体的方法について指示を与えていた
13 から、AC間にも雇用 (623 条) 又は請負契約類似の関係が認められる。
14 したがって、A及びCは、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の
15 関係に入った当事者といえる。そうすると、Cは、Aに対し、自己の支
16 配管理する人的・物的環境から生ずべき危険の防止に関して安全配慮義
17 務を負う。しかし、Cは、本件事故当時、建物解体作業中に生じ得る作
18 業員の転落事故を防ぐための命綱や安全ネットの用意をしていない。し
19 たがって、Aの生命等の危険を防止すべき物的設備に瑕疵があるから、
20 Cには安全配慮義務違反が認められ、債務不履行が認められる。そして、
21 Aは重傷を負って治療費等の損害を被っており、この損害は、Cの債務
22 不履行と因果関係がある。他方、Cは、転落防止措置を行っていなかつ
23 たから、「契約その他の債務の発生原因」に照らして、Cの「責めに帰す
24 ることができない事由」(415 条 1 項ただし書) は認められない。したが
25 って、Cは、Aに対して安全配慮義務を負い、その義務違反としての債
26 務不履行責任が認められる。

27 第2 設問1前段 (②不法行為責任 (715 条 1 項))

28 1 本件事故は、Aの3階での柵の撤去作業が終了しないうちに、Bが本
29 件家屋の1階壁面を重機で破壊し始めたことにより生じているため、B
30 は、Aに対して不法行為責任 (709 条) を負う。そこで、CにBを被用者
31 とする使用者責任が認められるかが問題となる。

32 2 確かに、BC間には、雇用契約 (623 条) 関係がなく、職務執行の独立
33 性が請負人に認められる請負契約関係があるにとどまる。しかし、Cは、
34 Bに対しても、建物解体用の重機、器具等を提供し、Cの従業員に対す
35 るのと同様に、作業の内容、場所及び具体的方法について指示を与えて
36 いたから、BC間には、実質的な指揮・監督関係が認められる。そうす
37 ると、Cは、「ある事業のために」他人Bを「使用する者」(715 条 1 項)
38 に当たる。そして、「被用者」Bは、本件家屋の解体作業というCの「事
39 業の執行について」、「第三者」Aに治療費等の「損害」を加えている。
40 他方、Cは、Bに対し、Aの撤去作業の終了を確認するよう指示してい
41 るが、転落防止措置は行っていなかったから、「事業の監督について相当
42 の注意をした」(同条項ただし書) とはいえない。したがって、CにBを
43 被用者とする使用者責任が認められる。

44 第3 設問1後段 (Aにとっての有利・不利)

- 1 消滅時効期間について、①は、Aが「権利を行使することができることを知った時」である平成26年10月1日から「5年間」(166条1項1号)であるが、②も、Aの「身体を害する不法行為による損害賠償請求権」(724条の2)であるから、Aが「損害及び加害者を知った時」である同日から「5年間」(724条1号・724条の2)である。したがって、Aにとって同等である。なお、平成29年6月30日に訴訟提起がされているから、①②は、時効の完成が猶予されている(147条1項1号)。
- 2 立証責任について、①では、AがCの債務の内容及びその不履行を立証して、Cが自己の「責めに帰することができない事由」を立証する。他方、②では、AがBの故意過失を立証して、Cが自己の無過失を立証することになる。そして、①Cの債務の内容及びその不履行の立証と②Bの故意過失の立証の難易度は、Aにとって同等である。
- 3 弁護士費用は、①②ともに認められるから、Aにとって同等である。
- 4 遅延損害金の起算点は、①は、期限の定めのない債務の請求時(412条3項)である平成29年5月1日となるが、②は、本件事故のあった平成26年2月1日となる。したがって、Aにとって②が有利である。

第4 設問2 (㉞の回答)

CとF間の協議離婚(763条)が有効に成立するためには、離婚意思が必要となる。そして、離婚意思は、当事者が法律上の婚姻関係を解消するために離婚の届出(764条・739条)をする意思がある場合、認められると解する。CとFは、実質的な婚姻生活を続ける意思を有していたが、法律上の婚姻関係を解消するために適式な離婚届を提出しており、離婚意思が認められる。したがって、協議離婚は有効であるから、離婚に伴うCからFへの財産分与(768条1項)も有効である(以下「本件分与」)。

第5 設問2 (㉟の回答)

- 1 本件分与が詐害行為(424条1項)に当たるかが問題となる。そもそも、「財産権を目的としない行為」(同条2項)は詐害行為とならず、また、768条3項が財産分与の額等を定めるにつき、一切の事情を考慮すると規定する趣旨は、財産分与が、夫婦が婚姻中に有していた実質上の共同財産を清算分配するとともに、離婚後における相手方の生活の維持等に資するものであるから、夫婦間の公平を確保しようとする点にある。そうすると、分与者が離婚の際に債務超過の状態にあったこと等も考慮事情の一つにとどまり、相手方は、相当な財産分与を受けることができることになる。したがって、財産分与は、768条3項の規定の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足る特段の事情のない限り、詐害行為に当たらないと解する。そして、取消しの対象は、不相当に過大な部分に限られると解する。
- 2 本件土地は、Cが婚姻前から所有していた特有財産(762条1項)であるから、財産分与の対象とならない。また、共有財産(同条2項)である本件建物も本来はCとFが2分の1ずつ取得すべきものである。そうすると、本件分与は、本件建物の2分の1を超えて、本件土地及び本件建物の全部をFに分与している点で不相当に過大であり、特段の事情がある。したがって、Aは、本件土地の全部及び本件建物の2分の1について、本件分与を詐害行為として取り消すことができる。 以上

〔商 法〕

次の文章を読んで、後記の〔設問 1〕及び〔設問 2〕に答えなさい。

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、トラックによる自動車運送事業を主たる目的とする会社法上の公開会社であり、かつ、監査等委員会設置会社である。甲社は種類株式発行会社ではなく、平成 24 年から平成 29 年 5 月 31 日までの間、その発行済株式の総数は 100 万株であった。甲社は、近い将来その発行する株式を金融商品取引所に上場する準備を進めており、その発行する株式について、100 株をもって 1 単元の株式とする旨を定款で定めている。なお、甲社には、単元未満株主は存在せず、また、会社法第 308 条第 1 項括弧書き及び第 2 項の規定により議決権を有しない株主は存在しない。
2. 甲社の定款には、監査等委員である取締役の員数は 3 名以上 5 名以内とすること、事業年度は毎年 4 月 1 日から翌年 3 月 31 日までの 1 年とすること及び毎年 3 月 31 日の最終の株主名簿に記載された議決権を有する株主をもってその事業年度に関する定時株主総会において議決権を行使することができる株主とすることが定められている。
3. 甲社の監査等委員である取締役は、社内出身者 A、甲社の主要取引先の一つである乙株式会社の前会長 B 及び弁護士 C であり、いずれも平成 28 年 6 月 29 日に開催された定時株主総会において選任された。なお、B 及び C は、社外取締役である。
4. D は、平成 24 年から継続して甲社の株式 1 万株を有する株主として株主名簿に記載されている。D は、甲社の株式の上場には財務及び会計に関する知見を有する社外取締役を選任することなどによるコーポレート・ガバナンスの強化が必要であると考え、A から C までに加えて、新たに監査等委員である取締役を選任するための株主提案をすることとした。D は、平成 29 年 4 月 10 日に、甲社の代表取締役 E に対し、監査等委員である取締役の選任を同年 6 月末に開催される定時株主総会の目的（以下「議題」という。）とすること及び公認会計士 F を監査等委員である取締役に選任する旨の議案の要領を定時株主総会の招集通知に記載することを請求した。
5. 他方で、甲社は、トラックによる運送需要の増加によって、その業績が好調な状況にあったことから、迅速かつ積極的に事業の拡大を図ることとし、これに必要なトラックの購入や駐車場用地の確保のための資金に充てる目的で、平成 29 年 5 月 8 日に取締役会の決議を経た上、募集株式の数を 20 万株、募集株式の払込金額を 5000 円、募集株式の払込みの期日を同年 6 月 1 日、甲社の主要取引先の一つである丙株式会社（以下「丙社」という。）を募集株式の総数の引受人として、募集株式を発行した。この募集株式の払込金額は丙社に特に有利な金額ではなく、また、その発行手続に法令違反はなかった。そして、甲社は、丙社からの要請もあり、この募集株式 20 万株について、丙社を同月 29 日に開催する定時株主総会における議決権を行使することができる者と定めた。
6. 甲社は、平成 29 年 6 月 29 日に開催した定時株主総会（以下「本件株主総会」という。）の招集通知に上記 4 の議題及び議案の要領を記載しなかった。

〔設問 1〕

株主 D から上記 4 の請求を受けた甲社が本件株主総会の招集通知に上記 4 の議題及び議案の要領を記載しなかったことの当否について、論じなさい。なお、甲社の定款には、株主提案権の行使要件に関する別段の定めはないものとする。

7. 甲社の監査等委員である取締役としての B の報酬等は、1 年間当たり金銭報酬として 600 万円のみである。また、B は、甲社の監査等委員である取締役に就任するに当たり、定款の定めに基づ

き、会社法第423条第1項の責任について、Bが職務を行うにつき善意でかつ重大な過失がないときは、同法第425条第1項の最低責任限度額を限度とする旨の契約を甲社と締結した。

8. その後、甲社には本店所在地近辺においてトラックの駐車場用地を確保する必要があるが生じたが、甲社は適当な土地を見付けることができない状況にあったところ、Bが全部の持分を有する丁合同会社（以下「丁社」という。）の保有する土地が、場所及び広さ共に甲社が必要とする駐車場用地として適当であったことから、甲社は丁社からこの土地をトラックの駐車場として賃借することとした。甲社の代表取締役Eは、甲社の事業の都合上、本店所在地近辺における駐車場用地の確保が急務であったことから、賃料の決定に際して丁社の全部の持分を有するBの意向を尊重する姿勢をとっていた。平成29年7月1日、Eが甲社を代表して、Bが代表する丁社との間で、この土地について、賃貸期間を同日から平成30年6月30日まで、賃料を1か月300万円とする賃貸借契約（以下「本件賃貸借契約」という。）を締結した。なお、本件賃貸借契約の締結に当たり、甲社は、会社法上必要な手続を経ていた。本件賃貸借契約の賃料は周辺の相場の2倍というかなり高額なものであったが、甲社は平成30年6月30日までの間に丁社に対して同月分までの賃料を支払った。

〔設問2〕

上記8の事実に関するBの甲社に対する会社法上の損害賠償責任の有無及びその額について、論じなさい。

出題の趣旨

本問は、株主提案権の行使要件と新株発行による総議決権数の変動との関係及び利益相反取引（直接取引）に基づく取締役の任務懈怠責任と責任限定契約との関係を問うものである。

設問1は、公開会社かつ取締役会設置会社であって単元株式制度を採用している株式会社における株主提案権（議題提案権（会社法第303条）及び議案要領通知請求権（同法第305条））の行使要件を指摘した上で、どの時点で議決権保有要件を充足する必要があるかを検討しなければならない。株主提案権行使時点では議決権保有要件を充足するが、株主提案権行使後の新株発行及び議決権付与（同法第124条第4項本文）により株主総会の時点では議決権保有要件を充足しない場合に、当該議題及び議案の要領を招集通知に記載しなかった会社の取扱いの可否を検討することになる。会社法にはこのような場合を規律する直接明文の規定がないため、適切な規範を定立して事案に当てはめる必要がある。

設問2は、監査等委員会設置会社における利益相反取引をした社外取締役の損害賠償責任（会社法第423条第1項）の発生要件につき、同条第3項及び第4項や会社が被った損害額にも触れた上で、損害賠償責任の有無を事案に即して検討することが求められる。その検討に当たっては、同法第428条第1項及び第2項の適用があるかを判断するために、本件賃貸借契約が同法第356条第1項第2号の直接取引のうち「自己のため」又は「第三者のため」のいずれに該当するかを認定する必要がある。前者とする場合には、帰責事由がないことをもって同法第423条第1項の責任を免れることができず（同法第428条第1項）、また、同法第427条の責任限定契約による責任軽減が認められないことになる（同法第428条第2項）。他方、後者とする場合には、同契約による責任軽減の可否が問題となり、同契約で限度として定めた最低責任限度額（同法第425条第1項第1号ハ）の算定が必要となる。ただし、職務を行うにつき悪意又は重大な過失があるときは、責任軽減は認められない（同法第427条第1項）。いずれの場合でも、損害賠償責任が発生するとしたときは、具体的な賠償責任額を算定しなければならない。

基本ポイント

- 1 設問1では、議題提案権の根拠条文である会社法（以下略）303条及び議案要領通知請求権の根拠条文である305条を発見し、その行使要件の充足性を検討することになる。これらの株主提案権の行使要件は、甲社が公開会社であるから、①総株主の議決権の100分の1以上の議決権又は300個以上の議決権を6か月前から引き続き有する株主であること（保有要件・303条2項前段、305条1項ただし書）及び②その行使が株主総会の日

の8週間前までに行われていること（303条2項後段、305条1項本文）である。

そして、①については、まず、甲社が100株をもって1単元の株式となる旨を定款で定めている（単元株制度・188条）ため、甲社の株主は、100株につき1個の議決権を有することになる（308条1項ただし書）ことを確認した上で、Dは、甲社株式を1万株有するが、議決権としては100個有するにとどまり、300個以上の議決権を有さないことを説明する必要がある。しかし、甲社の発行済株式総数は100万株であり、「総株主の議決権」は1万個であるところ、議決権を100個有するDは、「総株主の議決権の100分の1以上の議決権」を「6か月前から引き続き有する株主」に当たると説明することになる。

また、②については、Dによる株主提案権の行使日が平成29年4月10日であるから、本件株主総会の日である同年6月29日の8週間前までの要件を満たすことを簡潔に指摘する必要がある。

- 2 設問2では、Bが負い得る会社法上の損害賠償責任の法的根拠が423条1項であることを確認して、その要件（①任務懈怠、②損害、③因果関係及び④帰責事由）充足性を事案に即して検討することになる。

そして、本件賃貸借契約が甲社と甲社の取締役Bとの間の利益相反取引（356条1項2号・3号）に該当する場合、Bは、①任務懈怠が推定され（423条3項1号）、また、④帰責事由の不存在による免責の余地が否定され得る（428条1項）。そこで、解答の前提として、「自己又は第三者のために」（356条1項2号）及び「自己のために」（428条1項かつこ書）における「ために」に関し、名義説（「名において」・「名義で」）を採用するか、計算説（「経済的利益のために」・「計算で」）を採用するか、自説を整理しておく必要がある。成り立ち得る見解の組合せは以下の通りである。

「ために」（356条1項2号）	「ために」（428条1項かつこ書）
④名義説 ∴直接取引と間接取引の区別の明確性確保	⑦名義説 ∴法解釈の統一性確保
	⑧計算説 ∴同条項は利益の帰属主体に厳格な責任を負わせる趣旨
⑨計算説 ∴利益相反取引規制の趣旨	⑦計算説 ∴当然

本問で、Bは、「第三者」である丁社の名において、また、丁社の経済的利益のために、甲社と取引をしている。ただし、本問では、Bが丁社の持分を全部有するため丁社との経済的一体性があることから、Bは、自己の経済的利益のために、甲社と取引をしているともいえる。いずれの見解を採用する場合でも、自説から、論理的に一貫した説明をすることが大切である。

なお、Bは、甲社との間で責任限定契約を締結している（427条1項）が、Bには甲社の損害発生につき悪意又は少なくとも重過失が認められるから、上記契約による賠償額

の軽減は認められないことについても言及する必要がある。

応用ポイント

1	（設問 1）株主提案権の行使要件と新株発行による総議決権数の変動との関係を検討していること →甲社は、平成 29 年 6 月 1 日、丙社に対し、募集株式を 20 万株発行した上、基準日（毎年 3 月 31 日）後の株式取得者である丙社を本件株主総会において議決権を行使することができる者と定めた（124 条 4 項本文）。そうすると、丙社の議決権の数は、「総株主の議決権」（303 条 2 項、305 条 1 項）の数に算入されるから、保有要件を満たさない可能性がある。しかし、濫用的な株主提案権の行使を防止するという保有要件の趣旨からは、保有要件は、株主提案権の行使時点で満たしていることで足りると解される。
2	（設問 2）B に対して 423 条 3 項の適用が排除される可能性（423 条 4 項）を検討していること →甲社は監査等委員会設置会社であり、本件賃貸借契約の締結に当たり、取締役会の承認（365 条 1 項・356 条 1 項）を含む会社法上必要な手続を経ていたが、B は、自身が監査等委員であるため、423 条 3 項の適用が排除されない（423 条 4 項かつこ書）。
3	（設問 2）B の賠償額を関連条文に即して具体的に算定していること →B の賠償額は、最低責任限度額である年間報酬 600 万円に 2 を乗じた 1200 万円（425 条 1 項 1 号ハ）まで軽減され得る（428 条 2 項）。

MEMO

1 第1 設問1

2 1 甲社の株主Dは、議題提案権（会社法（以下略）303条1項）及び議案
3 要領通知請求権（305条1項本文）を行使したところ、甲社は、Dが提案
4 した議題及び議案を本件株主総会の招集通知に記載しなかった。そして、
5 Dが行ったこれらの株主提案権の行使が要件を満たす場合、甲社の対応
6 は不当なものとなる。

7 2(1) 甲社は、監査等委員会設置会社であるから、取締役会設置会社であ
8 る（327条1項3号）。そして、甲社の定款には、株主提案権に関する
9 別段の定めはない。そこで、公開会社である甲社においては、①総株
10 主の議決権の100分の1以上の議決権又は300個以上の議決権を6か
11 月前から引き続き有する株主に限り、上記提案権の行使が認められる
12 （保有要件・303条2項前段、305条1項ただし書）。また、②その行
13 使は、株主総会の日8週間前までに行わなければならない。

14 (2)ア 要件①

15 (ア) 甲社は100株をもって1単元の株式とする旨を定款で定めてい
16 るから、甲社の株主は、100株につき1個の議決権を有すること
17 になる（308条1項ただし書）。そうすると、Dは、甲社株式を1
18 万株有するが、議決権としては100個有することになり、300個
19 以上の議決権を有さない。しかし、上記提案権の行使時点で、甲
20 社の発行済株式総数は100万株であったから、「総株主の議決権」
21 は1万個であり、Dは、100分の1以上の議決権を有した。

22 (イ) そして、Dは、平成24年から甲社株式を1万株有していたか
23 ら、上記提案権の行使時点から遡って6か月前から当該株式を「引
24 き続き有する株主」に当たる。

25 (ウ) もっとも、甲社は、平成29年6月1日、丙社に対し、募集株式
26 を20万株発行した上、基準日（毎年3月31日）後の株式取得者
27 である丙社を本件株主総会において議決権を行使することができ
28 る者と定めた（124条4項本文）。そうすると、丙社の議決権の数
29 は、「総株主の議決権」（303条2項、305条1項）の数に算入され
30 るから、保有要件を満たさないとも思える。

31 しかし、保有要件の趣旨は、濫用的な株主提案権の行使を防止
32 する点にある。そうすると、保有要件は、株主提案権の行使時点
33 で満たしていることで足りると解する。

34 したがって、Dは、保有要件について、平成29年6月1日時点
35 で満たさなくなっているが、行使時点では満たしていた。よって、
36 要件①を満たす。

37 イ 要件②

38 Dによる株主提案権の行使日は、平成29年4月10日であるから、
39 本件株主総会の日である同年6月29日の8週間前であり、要件②
40 を満たす。

41 3 以上より、Dが行った株主提案権の行使は要件を満たしているから、
42 甲社の対応は不当である。

43 第2 設問2

44 1(1) 甲社の取締役Bが甲社に対して負う損害賠償責任の法的根拠として

考えられるのは423条1項である。その要件は、①任務懈怠、②損害、
③因果関係及び④帰責事由（428条1項）である。

(2)ア 要件①

Bは、丁社を代表して、甲社と本件賃貸借契約（民法601条）を締結している。そして、利益相反取引には、直接取引（356条1項2号）と間接取引（同3号）があるところ、両者の区別の明確性確保から、直接取引該当性は、「ために」（同2号）を「名において」の意味に解して、判断する。そうすると、Bが「第三者」である丁社の「名において」本件賃貸借契約を締結しているため、本件賃貸借契約は直接取引に当たる。そして、後述の通り、本件賃貸借契約により、甲社には1800万円の損害が生じているところ、Bは「356条1項…の取締役」に当たるから、任務懈怠が推定される（423条3項1号）。なお、甲社は監査等委員会設置会社であり、本件賃貸借契約の締結に当たり、取締役会の承認（365条1項・356条1項）を含む会社法上必要な手続を経ていたが、Bは、自身が監査等委員であるため、423条3項の適用が排除されない（423条4項かつこ書）。そして、本件賃貸借契約の賃料は、周辺の土地の賃料相場の2倍であるから、甲社が適当な土地を見付けることができない状況にあったとしても、任務懈怠の推定は覆らないといえる。

イ 要件②・③

上記賃料は、1か月300万円であり、周辺の土地の賃料相場の2倍であるから、これを1年間支払ったことにより、甲社には1800万円（150万円×12か月）の損害が生じている。

ウ 要件④

（ア）Bは、356条1項2号の取引をした取締役（428条1項）に当たるところ、「自己のためにした取引」（同条項かつこ書）をした取締役に当たる場合、帰責事由の不存在をもって責任を免れることができない。そして、直接取引と間接取引との区別の明確性の確保から「ために」を「名において」の意味に解したところ、法解釈の統一性から、428条1項かつこ書の「ために」も同様に解すべきである。そうすると、Bは、自己の「名において」本件賃貸借契約を締結していないため、「自己のためにした取引」をした取締役に当たらず、帰責事由の不存在をもって責任を免れることができる。なお、Bは丁社の持分を全部有するが、法人格は別であり、丁社と同視できない。

（イ）しかし、Bは、上記賃料が周辺の土地の賃料相場の2倍であることを認識していたといえるから、帰責事由がある。

2 もっとも、社外取締役（2条15号）であるBは、「非業務執行取締役」として甲社と責任限定契約を有効に締結している（427条1項）。そのため、Bの賠償額は、最低責任限度額である年間報酬600万円に2を乗じた1200万円（425条1項1号ハ）まで軽減され得る（428条2項）。しかし、Bには甲社の損害発生につき悪意又は少なくとも重過失が認められるから、上記契約による賠償額の軽減は認められない。

3 よって、Bは、甲社に対して1800万円の損害賠償責任を負う。 以上

〔民事訴訟法〕（〔設問 1〕 から〔設問 3〕 までの配点の割合は、 2 : 2 : 1）

次の文章を読んで、後記の〔設問 1〕 から〔設問 3〕 までに答えなさい。

【事例】

Xは、弁護士L 1 に対し、下記〔Xの言い分〕 のとおりの相談を行った。

〔Xの言い分〕

私は、Yに対し、所有する絵画（以下「本件絵画」という。）を代金300万円で売り渡しました。売買代金については、その一部として100万円が支払われましたが、残代金200万円が支払われませんでした。

そこで、私は、Yに対し、残代金200万円の支払を請求したのですが、Yは、弁護士L 2を代理人として選任した上、同代理人名義で、売買契約の成立を否認する旨の通知書を送付してきました。

その通知書には、売買契約の成立を否認する理由として、本件絵画はYが代表取締役をしている株式会社Zの応接間に掛けるために購入したものであり、そのことについてはXに説明していたこと、Xに支払済みの代金は株式会社Zの資金によるものであり、かつ、株式会社Z宛ての領収書が発行されていること及びYがXに交付した名刺は株式会社Zの代表取締役としての名刺であることから、Yは買主ではない旨が記載されていました（以下、これらの記載を「売買契約成立の否認の理由」という。）。

私としては、残代金の支払を求めたいと思います。

〔設問 1〕

Xから訴訟委任を受けた弁護士L 1 は、Xの訴訟代理人として、【事例】における本件絵画に係る売買契約に基づく代金の支払を求める訴えを提起することとしたが、その訴えの提起に当たっては、同一の訴状によってY及び株式会社Zを被告とすることを考えている。

このような訴えを提起するに当たり、Y及び株式会社Zに対する請求相互の関係を踏まえつつ、弁護士L 1 として考え得る手段を検討し、それぞれの手段につき、その可否を論じなさい。

なお、設問の解答に当たっては、遅延損害金については、考慮しなくてよい（〔設問 2〕 及び〔設問 3〕 についても同じ。）。

【事例（続き）】（〔設問 1〕 の問題文中に記載した事実は考慮しない。）

以下は、【事例】において弁護士L 1 がXから相談を受けた際の、弁護士L 1 と司法修習生Pとの会話である。

弁護士L 1：本件で、仮に、訴え提起前に売買契約成立の否認の理由の通知を受けていなかったとすると、Yのみを被告として訴えることが考えられます。これを前提として、もし、その訴訟の途中で、売買契約成立の否認の理由が主張されたとすると、どのような方法を採用することが考えられますか。

修習生P：第1の方法として、Yを被告とする訴訟において、敗訴に備え、株式会社Zに訴訟告知をする方法が考えられます。

弁護士L 1：ほかにどのような方法が考えられますか。

修習生P：第2の方法として、Yを被告とする訴訟が係属する裁判所に対し、Xは、株式会社Zを被告として、XZ間の売買契約に基づく代金の支払を求める別訴を提起し、Yを被告とする訴訟との弁論の併合を裁判所に求める方法が考えられます。

弁護士L 1：それでは、それぞれの方法の適否を検討しましょう。まず、第1の方法を採った

として、仮に、Yを被告とする訴訟で、株式会社Zが補助参加せず、かつ、買主は株式会社ZであってXY間の売買契約は成立していないという理由で請求を棄却する判決が確定したとします。この場合には、Xは、株式会社Zを被告として、XZ間の売買契約に基づく代金の支払を求める訴え（以下「後訴」という。）を提起することになると思います。では、①Xは、後訴で、Yを被告とする訴訟の判決の効力を用いることは可能ですか。

修習生P : はい。検討します。

弁護士L1 : また、第2の方法を採ったところ、弁論の併合がされたとします。その後、裁判所が弁論を分離しようとした場合には、私としては、「その弁論の分離は、裁判所の裁量の範囲を逸脱して違法である」と主張したいと思います。では、②その主張の根拠となり得る事情としては、どのようなものが考えられるでしょうか。

修習生P : はい。検討します。

〔設問2〕

下線部①の課題について、事案に即して結論と理由を論じなさい。

〔設問3〕

下線部②の課題について、事案に即して答えなさい。

出題の趣旨

本問は、絵画の売買がされ残代金が未払であるところ、買主が法人の代表者個人か法人のどちらかであるかが問題となっている場合に、いわゆる両負けを避けるために原告として取るべき手段を問うものである。設問1では、いずれをも被告とする場合の手段の可否が問われている。念頭に置かれているのは、単純併合、同時審判申出共同訴訟及び主観的予備的併合である。これに対し、設問2では、一方のみを被告とした場合で訴訟告知をしたものの補助参加がされないとき、後訴で前訴の判決の効力を用いることができるかが問われている。主として補助参加の利益及び参加的効力の客観的範囲を論じることが必要である。設問3では、双方を個々に訴えたのちに弁論が併合された後の弁論の分離について問われている。いずれの設問も、事案に即して、かつ、各設問における論述同士の整合性に注意を払いつつ論じる必要がある。

基本ポイント

- 1 設問1では、訴え提起の当初からY及びZを被告とするための手段について、検討することが求められている。そこで、検討対象となる手段を適切に挙げる前提として、その候補となる手段・制度を含んだ類似の制度を確認する。

同時審判申出共同訴訟(民訴法41条)	原告が、共同被告の一方に対する訴訟の目的である権利と共同被告の他方に対する訴訟の目的である権利とが法律上併存し得ない関係にある場合において、申し出ることにより成立する通常共同訴訟の特別類型をいう
主観的予備的併合	原告が複数の者を共同被告として訴訟を提起し、共同被告について順位をつけ、主位被告に対する請求が認容されることを解除条件として予備的被告に対する請求についての判決を求める共同訴訟形態をいう
主観的追加的併合	係属中の訴訟の原告若しくは被告が第三者に対し、または、第三者が原告若しくは被告に対し、新訴を追加的に併合提起する場合をいう
任意的当事者変更	訴訟係属後、原告が当初の被告以外の者を被告として、又は当初の原告以外の者が原告となって、訴訟を進行する場合をいう

本問では、これらの手段・制度を念頭に、単純併合、主観的予備的併合、同時審判申出共同訴訟について検討する必要がある。そして、主観的予備的併合については、判例(最判昭43.3.8)が不適法として否定していることを踏まえて検討する必要がある。また、同時審判申出共同訴訟については、「法律上併存し得ない関係」(民訴法(以下略)41条1項)の要件充足性を検討する必要がある。

2 設問2では、XのZに対する訴訟告知（53条1項）が有効である場合、仮にYを被告とする訴訟（以下「本件訴訟」という。）にZが補助参加（42条）しなくても、Xは、後訴で、本件訴訟の判決の効力（参加的効力）を用いることが可能となる（53条4項・46条）。そして、訴訟告知の相手方が、「訴訟の結果について利害関係を有する第三者」（42条）に当たる場合、「参加することができる第三者」（53条1項）となり、訴訟告知は有効となる。そこで、Zが「訴訟の結果について利害関係を有する第三者」に当たるかどうかを検討することになる。その検討の際には、「訴訟の結果について利害関係を有する第三者」の意義を説明した上、事案に即して当てはめることになるが、「利害関係を有する」場合とは、法律上の利害関係を有することであり、「当該訴訟の判決が参加人の私法上又は公法上の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすおそれがある場合」（最決平13.1.30）をいうこと、また、「訴訟の結果」は、判決主文中の判断（訴訟物たる権利関係の存否の判断）に加えて判決理由中の判断も含み得ることを踏まえる必要がある。なお、「法的地位又は法的利益に影響を及ぼすおそれ」に関しては、法律上の「影響」だけでなく事実上の「影響」も含まれる。

そして、訴訟告知が有効である場合、本件訴訟の参加的効力がZに及ぶことになる。もっとも、本件訴訟でXは敗訴しており、その理由は「買主は株式会社ZであってXY間の売買契約は成立していない」というものであるから、Xとしては、XZ間の売買契約が成立していることを前提に後訴を提起している。そこで、後訴において、本件訴訟の裁判所が行った「買主はZである」との判断に拘束力が生じるかどうか（参加的効力の客観的範囲）を検討することになる。この点については、以下の判例を想起する必要がある。

判例（最判平14.1.22）

46条所定の効力（参加的効力）は、「判決の主文に包含された訴訟物たる権利関係の存否についての判断だけではなく、その前提として判決の理由中でされた事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断などにも及ぶものであるが」（最高裁昭和45年（オ）第166号同年10月22日第一小法廷判決・民集24巻11号1583頁参照）、この判決の理由中でされた事実の認定や先決的権利関係の存否についての判断とは、判決の主文を導き出すために必要な主要事実に係る認定及び法律判断などをいうものであるとして、これに当たらない事実又は論点について示された認定や法律判断を含むものではないと解される。ただし、ここでいう判決の理由とは、判決の主文に掲げる結論を導き出した判断過程を明らかにする部分をいい、これは主要事実に係る認定と法律判断などをもって必要にして十分なものと解されるからである。」

この判例を前提とすると、参加的効力の客観的範囲は、判決主文中の判断及び判決理由中の判断のうちの主要事実の存否の判断ということとなる。

3 設問3では、弁論の分離（152条1項）が、裁判所の訴訟指揮権の行使として、その裁量により行われることを示した上で、問題文中の誘導に従い、本件訴訟での「弁論の分

離は、裁判所の裁量の範囲を逸脱して違法である」との主張の根拠となり得る事情を説明する必要がある。この点については、弁論の分離が違法であるとの主張の背後には、弁論の併合（併合審理）が必要であるとの主張があることを踏まえ、なぜXのYに対する訴訟とXのZに対する訴訟とが併合審理される必要があるのかについて、その根拠を事案に即して解答することになる。

応用ポイント

1	（設問1）各手段につき、条文、意義、要件及びXの立場からのメリット・デメリット等を検討していること
2	（設問2）本件訴訟の訴訟物及び請求原因（要件事実・主要事実）を踏まえて、後訴における参加的効力の客観的範囲を事案に即して検討していること →本件訴訟の訴訟物は、X Y間の売買契約に基づく代金支払請求権であり、主要事実は、X Y間の売買契約締結であるところ、買主がZであることは、買主がYでないこと（X Y間で売買契約が締結されていないこと）の理由であり、間接事実である。したがって、判例の立場からは、参加的効力を用いることができないことになる。なお、参加的効力の客観的範囲には主要・重要な間接事実に関する判断も含まれると解する立場からは、参加的効力を用いることができることになる。
3	（設問1から設問3）本問全体を貫く視点・事情を意識すること →本問では、Xの両負けを防止するためにはどうすべきか、という視点を有することが解答において有効であった。

MEMO

1 第1 設問1

2 1(1) L 1は、YとZを共同被告として、XのYに対する訴えとXのZに
3 対する訴えを当初から並列的に併合して提起することが考え得る。

4 (2)ア この単純併合は、各個別訴訟を併合提起するものであるが、当事
5 者と権利関係が複数となることで審理が複雑になり得るため、併合
6 の合理性を確保する必要がある。そこで、客観的併合要件（民訴法
7 (以下略) 136 条) と主観的併合要件 (38 条) を満たす必要がある。

8 イ まず、XのY及びZに対する請求は、いずれも売買契約に基づく
9 代金支払請求であるから、同種の訴訟手続により審判されるもので
10 あり、法律上の併合禁止もないため、両請求について受訴裁判所の
11 管轄権があれば、客観的併合要件を満たす。

12 次に、XのY及びZに対する請求は、XY間で締結された同一の
13 売買契約を原因とする残代金 200 万円という同一の内容であり、権
14 利義務の共通性ないし権利義務の原因共通性 (38 条前段) が認めら
15 れるから、主観的併合要件も満たす。

16 (3) したがって、L 1は、この手段を採ることができる。そして、通常
17 共同訴訟が成立し、両請求は、同一手続内で審理・判断されるから、
18 証拠共通の原則の下、事実認定・判決の統一性が期待できる。しかし、
19 通常共同訴訟では共同訴訟人独立の原則 (39 条) が採用されており、
20 また、弁論の分離 (152 条 1 項) もなされ得るため、上記期待は事実上
21 のものとどまり、XがY及びZのいずれにも敗訴する可能性がある。

22 2(1) そこで、L 1は、XがY及びZのいずれにも敗訴することを防止す
23 るため、例えば、Yに対する請求が認容されることを解除条件として
24 Zに対する請求の審判を求めて訴えを提起することが考え得る。

25 (2) しかし、この主観的予備的併合は、共同被告を主位的被告と予備的
26 被告とに区別するものであるところ、予備的被告に応訴上の不安定・
27 不利益を与えること等から、判例により否定されている。

28 (3) したがって、L 1は、この手段を採ることが困難である。

29 3(1) そのため、L 1は、XのY及びZに対する請求の同時審判 (41 条)
30 を求めて訴えを提起することが考え得る。

31 (2) 同時審判の申出が認められるためには、原告の各被告に対する請求
32 が「法律上併存し得ない関係」(41 条 1 項) にあることが必要である。
33 そして、XのYに対する請求とZに対する請求は、発生原因につき同
34 一の売買契約締結の事実が主張されていることから事実上の非両立関
35 係が認められるが、法律上は両立し得るものである。したがって、「法
36 律上併存し得ない関係」は認められない。

37 (3) よって、L 1は、この手段を採ることはできない。

38 第2 設問2

39 1 Yを被告とする訴訟 (以下「本件訴訟」) にZは補助参加 (42 条) して
40 いないが、XのZに対する訴訟告知 (53 条 1 項) が有効である場合、X
41 は、後訴で、本件訴訟の判決の効力を用いることが可能となる (53 条 4
42 項・46 条)。

43 2(1) 訴訟告知の相手方が、「訴訟の結果について利害関係を有する第三者」
44 (42 条) に当たる場合、「参加することができる第三者」(53 条 1 項)

となる。そこで、Zが「訴訟の結果について利害関係を有する第三者」に当たるかが問題となる。

「訴訟の結果」とは、訴訟物たる権利関係の存否の判断及び当該判断を導くために論理的に必要なとなった理由中の判断をいい、また、「利害関係」とは、訴訟の結果が第三者の法的地位又は法的利益に法律上・事実上の影響を及ぼすおそれがある場合をいうと解する。

本件訴訟の訴訟物は、XY間の売買契約に基づく代金支払請求権であるところ、その不存在の判断を導くために必要となった理由中の判断は、XY間の売買契約の不成立の判断（以下「本件理由中の判断」）である。そして、本件訴訟では買主がY又はZの択一関係にあることが前提であるから、本件訴訟で敗訴したXがZに対して提起する後訴で、本件理由中の判断は、Zに不利に影響する。したがって、本件訴訟の結果がZの法的地位又は法的利益に事実上の影響を及ぼすおそれがあるといえるから、Zは「訴訟の結果について利害関係を有する第三者」に当たる。よって、XのZに対する訴訟告知は有効である。

(2) そうすると、本件訴訟の判決の効力は、Zに及ぶことになる(46条)。もっとも、その効力の客観的範囲が問題となる。

46条は、被参加人と参加人との間の敗訴責任を分担させる趣旨の規定であり、既判力(114条1項)と異なり、除外事由も有する(46条各号)。そこで、同条の効力は、既判力とは異なる特殊な効力としての参加的効力であり、①訴訟物たる権利関係の存否の判断及び②当該判断を導くために必要となった主要事実の存否の判断に及ぶと解する。

本件理由中の判断は②に当たるが、買主がZであるという事実は、買主がYではないという主要事実に係る判断との関係で間接事実となるから、②に当たらない。

3 したがって、Xは、後訴で、買主がZであるという事実については、本件訴訟の参加的効力を用いることはできない。

第3 設問3

1 裁判所は、訴訟指揮権の行使として、その裁量により、弁論の分離をすることができる。もっとも、請求・当事者の同一性・関連性等を考慮して弁論の分離をすることが不相当である場合、当該弁論の分離は、裁量の範囲を逸脱して違法となると解する。

2 本件では、本件絵画の代金300万円の一部である100万円は既にXに支払われていることから、本件絵画を目的物とする売買契約が締結されていることは認められる。そのため、本件の争点は、本件絵画の買主がY又はZであるかという点であり、事実上、択一関係が認められる。そうすると、Xの請求は、Y又はZのいずれかとの関係で認められるべきものであるから、裁判所は、訴訟手続上、両請求間での矛盾等が生じないようにするため、事実認定・判決の統一性を確保し得る手段を採用すべきである。しかし、弁論の分離がなされると、XのYに対する請求とZに対する請求は、異なる手続で審理・判断されることになるから、事実認定・判決の統一性が期待できなくなり、XがY及びZのいずれにも敗訴する可能性が高まる。したがって、本件で、裁判所が弁論の分離をすることは不相当であり、裁量の範囲を逸脱して違法となる。 以上

[刑 法]

以下の事例に基づき、甲及び乙の罪責について論じなさい（住居等侵入罪及び特別法違反の点を除く。）。

- 1 甲は、新たに投資会社を立ち上げることを計画し、その設立に向けた具体的な準備を進めていたところ、同会社設立後の事業資金をあらかじめ募って確保しておこうと考え、某年7月1日、知人のVに対し、同年10月頃の同会社設立後に予定している投資話を持ち掛け、その投資のための前渡金として、Vから現金500万円を預かった。その際、甲とVの間では、前記500万円について、同会社による投資のみに充てることを確認するとともに、実際にその投資に充てるまでの間、甲は前記500万円を甲名義の定期預金口座に預け入れた上、同定期預金証書（原本）をVに渡し、同定期預金証書はVにおいて保管しておくとの約定を取り交わした。同日、甲は、この約定に従い、Vから預かった前記500万円をA銀行B支店に開設した甲名義の定期預金口座に預け入れた上、同定期預金証書をVに渡した。なお、同定期預金預入れの際に使用した届出印は、甲において保管していた。
- 2 甲は、約1年前に無登録貸金業者の乙から1000万円の借入れをしたまま、全く返済をしていなかったところ、同年7月31日、乙から返済を迫られたため、Vに無断で前記定期預金を払い戻して乙への返済に流用しようと考えた。そこで、同年8月1日、甲は、A銀行B支店に行き、同支店窓口係員のCに対し、「定期預金を解約したい。届出印は持っているものの、肝心の証書を紛失してしまった。」などどうその話をして、同定期預金の払戻しを申し入れた。Cは、甲の話を信用し、甲の申入れに応じて、A銀行の定期預金規定に従って甲の本人確認を行った後、定期預金証書の再発行手続を経て、同定期預金の解約手続を行い、甲に対し、払戻金である現金500万円を交付した。甲は、その足で乙のところへ行き、受け取った現金500万円を乙に直接手渡して、自らの借入金の返済に充てた。なお、この時点で、乙は、甲が返済に充てた500万円は甲の自己資金であると思っており、甲がVから預かった現金500万円をVに無断で自らの返済金に流用したという事情は全く知らないまま、その後数日のうちに甲から返済された500万円を自己の事業資金や生活費等に全額消費した。
- 3 同年9月1日、Vは、事情が変わったため甲の投資話から手を引こうと考え、甲に対し、投資のための前渡金として甲に預けた500万円を返してほしいと申し入れたところ、甲は、Vに無断で自らの借入金の返済に流用したことを打ち明けた。これを聞いたVは、激怒し、甲に対し、「直ちに500万円全額を返してくれ。さもないと、裁判を起こして出るところに出るぞ。」と言って500万円を返すよう強く迫った。甲は、その場ではなんとかVをなだめたものの、Vから1週間以内に500万円を全額返すよう念押しされてVと別れた。その後すぐに、甲は、乙と連絡を取り、甲がVから預かった現金500万円をVに無断で乙への返済金に流用したことを打ち明けた。その際、乙が、甲に対し、甲と乙の2人でV方に押し掛け、Vを刃物で脅して、「甲とVの間には一切の債権債務関係はない」という内容の念書をVに無理矢理作成させて債権放棄させることを提案したところ、甲は、「わかった。ただし、あくまで脅すだけだ。絶対に手は出さないでくれ。」と言って了承した。
- 4 同月5日、甲と乙は、V方を訪れ、あらかじめ甲が用意したサバイバルナイフを各々手に持ってVの目の前に示しながら、甲が、Vに対し、「投資話を反故にした違約金として500万円を出してもらおう。流用した500万円はそれでちゃらだ。今すぐここで念書を書け。」と言ったが、Vは、念書の作成を拒絶した。乙は、Vの態度に立腹し、念書に加え現金も取ろうと考え、Vに対し、「さっさと書け。面倒かけやがって。迷惑料として俺たちに10万円払え。」と言って、Vの胸倉をつかんでVの喉元にサバイバルナイフの刃先を突き付けた。Vは、このまま甲らの要求

に応じなければ本当に刺し殺されてしまうのではないかとの恐怖を感じ、甲らの要求どおり、「甲とVの間には一切の債権債務関係はない」という内容の念書を作成して、これを甲に手渡した。

そこで、甲がV方から立ち去ろうとしたところ、乙は、甲に対し、「ちょっと待て。迷惑料の10万円も払わせよう。」と持ち掛けた。甲は、乙に対し、「念書が取れたんだからいいだろ。もうやめよう。手は出さないでくれと言ったはずだ。」と言って、乙の手を引いてV方から外へ連れ出した上、乙から同ナイフを取り上げて立ち去った。

- 5 その直後、乙は、再びV方内に入り、恐怖のあまり身動きできないでいるVの目の前で、その場にあったV所有の財布から現金10万円を抜き取って立ち去った。

出題の趣旨

本問は、(1)甲が、Vから投資のための前渡金として預かった現金500万円を、Vとの約定により甲名義の定期預金口座に預け入れて保管していたところ、Vに無断で前記定期預金を解約し、その払戻金を自らの借入金の返済に充てて流用したこと、(2)その後、Vから前記500万円の返還を迫られた甲が乙と共にV方を訪れ、各々手に持ったサバイバルナイフをVの目の前に示したり、乙がVの胸倉をつかんでVの喉元に同ナイフの刃先を突き付けたりして、「甲とVの間には一切の債権債務関係はない」という内容の念書をVに無理矢理作成させたこと、(3)その際、乙がVに迷惑料として10万円の支払を要求したところ、甲は、これを制止し、乙をV方から外へ連れ出した上、同ナイフを取り上げて立ち去ったものの、その直後に乙がV方内に戻り、Vの下から現金10万円を持ち去ったことを内容とする事例について、甲及び乙の罪責に関する論述を求めるものである。

(1)については、甲には銀行に対する正当な払戻権限があることを踏まえて、甲における現金500万円に対する横領罪の成否について、預金の占有に関する擬律判断を含め、その構成要件該当性を検討し、(2)及び(3)については、甲及び乙における念書及び現金10万円に対する強盗罪の成否について、各構成要件該当性のほか、甲・乙間における共謀に基づく共同正犯の成立範囲や共犯関係の解消の有無を検討する必要があるところ、事実を的確に分析するとともに、横領罪及び強盗罪の各構成要件、共犯者による過剰行為がなされた場合の共同正犯の成否等に関する基本的理解と具体的事例への当てはめが論理的一貫性を保って行われていることが求められる。

基本ポイント

- 1 まず、甲は、Vに無断で、Vから預かり定期預金口座に預け入れた現金500万円を、同定期預金を解約して乙への返済に充てている（以下「行為1」という。）ため、行為1について、横領罪の成否を検討することになる。その検討においては、各成立要件の充足性を確認することになるが、メインとなるのは、「自己の占有」及び「横領」である。まず、「自己の占有」については、物に対する事実上又は法律上の支配をいうと解されていることを前提に、本問では、現金500万円の事実上の支配がA銀行にあることを踏まえて、甲が同定期預金口座の名義人であり、届出印も保管していたことを摘示しつつ、甲に法律上の支配が認められることを説明する必要がある。次に、「横領」については、他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに、その物の経済的用法に従って、所有者でなければできないような処分をする意思（不法領得の意思）の発現行為をいうと解されていることを前提に、不法領得の意思が外部に発現したと認められる行為を認定することが大切である。

- 2 次に、甲と乙は、共同して、Vにサバイバルナイフの刃先を突き付ける等して「甲とVの間には一切の債権債務関係はない」旨の念書（以下「本件念書」という。）を作成・交付させている（以下「行為2」という。）ため、行為2について、強盗罪の共同正犯の成否を検討することになる。解答に際しては、強盗罪の成立要件の検討の前提として、その対象が本件念書という財物なのか、または、債務免脱という財産上の利益なのかを意識して、1項強盗罪又は2項強盗罪のいずれの成否を検討すべきであるかを判断する必要がある。この点については、1項強盗罪と2項強盗罪とでは1項強盗罪が基本類型であること及び本件念書が経済的価値のある物であること（財物性が肯定されること）を念頭に置くと、2項強盗罪の成否ではなく、1項強盗罪の成否を検討することが適切であるといえるが、いずれの検討においても、暴行・脅迫等の各成立要件の充足性を確認することが必要である。そして、結論としては、強盗罪の共同正犯の成立を認めることになる。
- 3 さらに、本問では、本件念書という財物又は債務免脱という財産上の利益とは別個に、現金10万円も強盗罪の対象となることを確認した上、行為2の直後に、乙がV所有の財布から現金10万円を抜き取って立ち去った行為（以下「行為3」という。）についても、強盗罪の共同正犯の成否を検討することになる。まず、強盗罪の成否については、実行行為者である乙は、行為3の際、現金10万円の奪取に向けた反抗抑圧程度の暴行・脅迫をVに対して行っていないが、乙の出現自体が既発生のVの反抗抑圧状態を維持・継続するに足りる程度のものといえることを踏まえて、新たな暴行・脅迫の要否・内容に関する自己の見解に基づき、結論を示すことになる。次に、共同正犯の成否については、甲が自ら実行行為を行っていないため、共謀共同正犯の成否が問題となる。この点については、共謀の内容に10万円の奪取も含まれていたかどうかを事案に即して検討しなければならず、これが肯定された場合には、共犯関係の解消の可否を検討することになる。そして、共犯関係の解消が肯定された場合、10万円の奪取については、乙の単独犯が成立するにとどまることになる。

応用ポイント

1	行為1について、業務上横領罪の成否を検討していること
2	行為1に関し、甲の払戻行為がなされた時点で横領罪が既遂となると考えた場合、甲の返済行為にも横領罪が成立し得ることに言及していること
3	行為3に関し、共犯関係の解消の要件の充足性について、事案に即して具体的に検討していること →心理的因果性及び物理的因果性の両面から具体的に検討している。

1 第1 甲の罪責

2 1(1) 甲は、Vに無断で、Vから預かり定期預金口座に預け入れた現金 500
3 万円を、同預金を解約して乙への返済に充てた（以下「行為1」）。そ
4 こで、行為1に業務上横領罪（刑法（以下略）253条）が成立するか。

5 (2)ア 確かに、500万円の事実上の支配はA銀行にあるが、甲は、口座
6 名義人であり、届出印も保管していたため、定期預金証書を保持し
7 なくても、自由に同預金を解約して払戻しを受けることができ、500
8 万円を直接保管していた場合と同視できるから、法律上の支配とし
9 ての「自己の占有」がある。そして、この占有は、投資会社の設立
10 者という社会生活上の地位に基づき反復・継続して行われているか
11 ら、「業務上」の占有である。また、同預金は、使途が投資に限られ
12 ているから、その所有権はVにあり、「他人の物」に当たる。さらに、
13 甲V間の約定から、甲の占有は委託信任関係に基づくものである。

14 イ 「横領」とは、他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物
15 につき権限がないのに、その物の経済的用法に従って、所有者でな
16 ければできないような処分をする意思の発現行為をいうと解する。

17 甲は、8月1日、乙に対する自己の借金の返済に充てるため、同
18 預金を解約して500万円の払戻しを受けている。そして、投資は10
19 月頃の会社設立後に予定されており、払戻しを受けた時点で、500万
20 円の使途が投資でないことが客観的に明らかになったといえるから、
21 Vの委託の任務に背く上記意思の発現行為が認められ、既遂となる。

22 (3) したがって、甲には横領罪が成立する（罪①）。なお、甲の返済行為
23 にも、横領罪が成立するが、被害法益が実質的に同一であるから、罪
24 ①に吸収されて包括一罪となる。

25 2(1) 甲は、乙と共同して、Vにサバイバルナイフの刃先を突き付ける等
26 して「甲とVの間には一切の債権債務関係はない」旨の念書（以下「本
27 件念書」）を作成・交付させている（以下「行為2」）。そこで、行為2
28 に、強盗罪（236条1項）の共同正犯（60条）が成立するか。

29 (2) 暴行・脅迫とは、財物奪取に向けた相手方の反抗を抑圧する程度の
30 ものをいうと解する。本件念書は「財物」に当たる。また、甲と乙は、
31 各々ナイフを持ってVの目の前に示していた上、乙がVの胸倉をつか
32 んでVの喉元にナイフの刃先を突き付け、「さっさと書け」等と申し向
33 けているから、Vの抵抗を不可能にしているといえる。したがって、
34 財物奪取に向けた暴行・脅迫に当たる。そして、甲及び乙は、これを
35 手段として、本件念書を奪取しているため、「強取」に当たる。

36 (3) よって、甲には強盗罪の共同正犯が成立する（罪②）。

37 3(1) 乙は、V所有の財布から現金 10 万円を抜き取って立ち去っている
38 （以下「行為3」）ところ、行為3について、甲に強盗罪の共同正犯が
39 成立するか。

40 (2)ア 後述の通り、行為3について、乙に強盗罪が成立する。しかし、
41 甲は、自ら実行していないため、共謀共同正犯の成否が問題となる。

42 イ 共同正犯の処罰根拠は、関与者間の共同関係の下、自己の行為が
43 結果に対して重大な因果性を与えた点にある。そこで、共謀（意思
44 連絡と正犯意思）及び共謀に基づく共謀参加者による実行行為が認

められる場合、共謀共同正犯が成立すると解する。

ウ 確かに、甲乙間の事前の話合いでは、Vを脅して本件念書を作成・交付させることが計画されていたにとどまる。しかし、行為2の際、乙がVに対し「迷惑料として俺たちに10万円払え」と言ったところ、甲は、乙の要求を制止する等の行為を行ってない。また、念書取得後、乙が甲に「迷惑料の10万円も払わせよう」と持ち掛けた際も、甲は、乙に「念書が取れたんだからいいだろ」と答えていることから、本件念書が取得できるかが不確定な時点では、10万円の支払を受ける意思があったといえる。したがって、乙がVに10万円の支払を要求した時点で、甲乙間には黙示の意思連絡が認められる。また、10万円は甲と乙に支払われるように要求されているから、正犯意思もある。よって、共謀が認められる。そうすると、行為3は、共謀に基づく共謀参加者による実行行為といえる。

(3)ア もっとも、甲は、乙が行為3を実行する前の時点で、「もうやめよう」等と言って、これを制止している。そこで、この時点で、甲に共犯関係の解消が認められるかが問題となる。

イ 共犯の処罰根拠は、自己の行為が結果に対して因果性を与えた点にある。そうであるとすれば、自己の与えた結果に対する因果性が遮断されたときは、共犯関係の解消が認められると解する。

ウ 確かに、甲は、「もうやめよう。手を出さないでくれと言ったはずだ」等と言って、乙の手を引いてV方から外へ連れ出した上、乙からナイフを取り上げて立ち去っている。そうすると、乙は、行為3について、甲の協力が得られず、単独で行うことになることを認識し得たから、結果に対する心理的因果性は除去されたといえる。もっとも、甲と乙が共同して行った行為2により、Vは恐怖のあまり身動きできなくなっており、既に軽微な暴行・脅迫によっても強盗の結果が生じる状態が発生していた。しかし、甲は、Vに10万円を支払わせることをやめることについて、乙の同意を得ることなく、立ち去っている。そうすると、乙からナイフを取り上げても、行為2の直後においては、結果に対する物理的因果性が除去されていたとはいえない。したがって、因果性が遮断されたとはいえないから、共犯関係の解消が認められない。

(4) よって、甲には強盗罪の共同正犯が成立する(罪③)。

4 以上より、甲には罪①から③が成立し、併合罪(45条前段)となる。

第2 乙の罪責

1 乙は、甲と共同して行為2を行っているため、強盗罪の共同正犯が成立する(罪①)。

2 乙は、Vの目の前で、その場にあったV所有の財布から現金10万円を抜き去ったにとどまり、これ自体は、強盗罪の暴行・脅迫に当たらないとも思える。しかし、行為2により既にVの反抗抑圧状態が発生していたところ、行為2の直後に突然乙がV方内に現れたことは、既発生 of Vの反抗抑圧状態を維持・継続させるものといえるから、暴行・脅迫に当たる。したがって、乙には強盗罪の共同正犯が成立する(罪②)。

3 以上より、乙には罪①と②が成立し、併合罪となる。 以上

〔刑事訴訟法〕

次の【事例】を読んで、後記〔設問 1〕及び〔設問 2〕に答えなさい。

【事例】

警察官 P と Q が、平成 30 年 5 月 10 日午前 3 時頃、凶器を使用した強盗等犯罪が多発している H 県 I 市 J 町を警らしていたところ、路地にたたずんでいた甲が、P と目が合うや、急に慌てた様子で走り出した。そこで、P が、甲に、「ちょっと待ってください。」と声をかけて停止を求めたところ、甲が同町 1 丁目 2 番 3 号先路上で停止したため、同所において、職務質問を開始した。

P は、甲のシャツのへそ付近が不自然に膨らんでいることに気付き、甲に対し、「服の下に何か持っていますか。」と質問した。これに対し、甲は、何も答えずに P を押しのけて歩き出したため、甲の腹部が P の右手に一瞬当たった。このとき、P は、右手に何か固い物が触れた感覚があったことから、甲が服の下に凶器等の危険物を隠している可能性があると考え、甲に対し、「お腹の辺りに何か持ってますね。服の上から触らせてもらうよ。」と言って、①そのまま立ち去ろうとした甲のシャツの上からへそ付近を右手で触ったところ、ペンケースくらいの大きさの物が入っている感触があった。

P は、その感触から、凶器の可能性は低いと考えたが、他方、規制薬物等犯罪に関わる物を隠し持っている可能性があると考え、甲の前に立ち塞がり、「服の下に隠している物を出しなさい。」と言った。すると、甲は、「嫌だ。」と言って、腹部を両手で押さえたことから、②Q が、背後から甲を羽交い締めにして甲の両腕を腹部から引き離すとともに、P が、甲のシャツの中に手を差し入れて、ズボンのウエスト部分に挟まれていた物を取り出した。

P が取り出した物は、結晶様のものが入ったチャック付きポリ袋 1 袋と注射器 1 本在中のプラスチックケースであり、検査の結果、結晶様のものは覚せい剤であることが判明した（以下「本件覚せい剤」という。）。そこで、P は、甲を覚せい剤取締法違反（所持）の現行犯人として逮捕するとともに、本件覚せい剤等を差し押さえた。

その後、検察官は、所要の捜査を遂げた上、本件覚せい剤を所持したとの事実で、甲を起訴した。

第 1 回公判期日において、甲及び弁護人は無罪を主張し、検察官の本件覚せい剤の取調べ請求に対し、取調べに異議があるとの証拠意見を述べた。

〔設問 1〕

下線部①及び②の各行為の適法性について論じなさい。

〔設問 2〕

本件覚せい剤の証拠能力について論じなさい。

（参照条文） 覚せい剤取締法

第 41 条の 2 第 1 項 覚せい剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者（略）は、10 年以下の懲役に処する。

MEMO

出題の趣旨

本問は、深夜、強盗等犯罪の多発する地域を警ら中の警察官が、甲に停止を求めて職務質問した際、①立ち去ろうとした甲のシャツの上からへそ付近に触れるとの方法、及び②背後から甲を羽交い締めにした上、甲のシャツの中に手を差し入れ、ズボンのウエスト部分に挟まれていたプラスチックケースを取り出すとの方法により所持品検査を実施したところ、同ケース中に覚せい剤を発見したことから、甲を覚せい剤取締法違反（所持）の現行犯人として逮捕するとともに、上記覚せい剤を差し押さえ、その後、甲を同所持の事実により起訴したとの事例において、上記各所持品検査の適法性及び上記覚せい剤の証拠能力について検討させることにより、基本的な学識の有無及び具体的事案における応用力を試すものである。

設問1においては、最高裁判所の判例（最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁等）に留意しつつ、対象者の承諾のない所持品検査が許容されることがあるか否かについて、その根拠も含めて検討した上、これが肯定されるとして、いかなる態様の行為がいかなる状況において許容されるのか、その基準を提示し、本問における各所持品検査の適法性について論述することが求められる。

設問2においては、本件覚せい剤の発見をもたらした上記②の方法による所持品検査が違法であることを前提に、最高裁判所の判例（最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁等）に留意しつつ、違法に収集された証拠物の証拠能力が否定される場合があるか否か、否定される場合があるとしていかなる基準により判断されるべきかを提示した上、本件覚せい剤の証拠能力について論述することが求められる。

基本ポイント

- 1 設問1では、行為①及び②の適法性の検討が求められているところ、行為①及び②が所持品検査に当たることを前提に、以下の判例を踏まえて、その法的根拠及び限界について事案に即して論じる必要がある。

判例（最判昭 53. 6. 20）

「警職法は、その2条1項において同項所定の者を停止させて質問することができる」と規定するのみで、所持品の検査については明文の規定を設けていないが、所持品の検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果をあげるうえで必要性、有効性の認められる行為であるから、同条項による職務質問に附随してこれを行うことができる場合があると解するのが、相当である。所持品検査は、任意手段である職務質問の附随行為として許容されるのであるから、所持人の承諾を得て、その限度においてこれを行うのが原則であることはいうまでもない。しかしながら、職務質問ないし所持品検査は、犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察上の作用であつて、流動する各般の警察事象に対応し

て迅速適正にこれを処理すべき行政警察の責務にかんがみるときは、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、搜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合があると解すべきである。もつとも、所持品検査には種々の態様のものがあるので、その許容限度を一般的に定めることは困難であるが、所持品について搜索及び押収を受けることのない権利は憲法 35 条の保障するところであり、搜索に至らない程度の行為であつてもこれを受ける者の権利を害するものであるから、状況のいかんを問わず常にかかる行為が許容されるものと解すべきでないことはもちろんであつて、かかる行為は、限定的な場合において、所持品検査の必要性、緊急性、これによつて害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるものと解すべきである。」

この判例を前提とすると、所持品検査の法的根拠は、職務質問（警職法 2 条 1 項）の付随行為であることとなり、その限界は、搜索に至らない程度で強制にわたらないものであるか（第 1 段階の判断）と必要性、緊急性、これによって害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡等を考慮し、具体的状況のもとで相当と認められるか（第 2 段階の判断）という二段階の判断枠組みにおいて判断されることになる。なお、所持品検査は、行政警察活動であるから、捜査・司法警察活動と区別されなければならないが、第 1 段階の判断は捜査に対する強制処分該当性の判断、第 2 段階の判断は捜査に対する任意処分としての相当性の判断とパラレルである。そして、行為②については、いずれかの段階で違法と判断されなくてはならない。

- 2 設問 2 では、行為②が違法と判断されることを前提に、本件覚せい剤の証拠能力が違法収集証拠排除法則により否定されないかが問題となる。この点については、以下の判例を踏まえて、判断基準を提示して、事案に即して当てはめることになる。

判例（最判昭 53. 9. 7）

「違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられているものと解するのが相当であるところ、刑訴法は、『刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。』（同法 1 条）ものであるから、違法に収集された証拠物の証拠能力に関しても、かかる見地からの検討を要するものと考えられる。ところで、刑罰法令を適正に適用実現し、公の秩序を維持することは、刑事訴訟の重要な任務であり、そのためには事案の真相をできる限り明らかにすることが必要であることはいうまでもないところ、証拠物は押収手続が違法であつても、物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その存在・形状等に関する価値に变りがないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると、その押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは、事案の真相の究明に資するゆえんではなく、相当でないというべきである。しかし、他面において、

事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法 35 条が、憲法 33 条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、搜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑事訴訟法が搜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法 31 条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、憲法 35 条及びこれを受けた刑事訴訟法 218 条 1 項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである。」

この判例が提示した判断基準における①違法重大性と②排除相当性の関係については、「又は」なのか「かつ」なのか等様々な見解があるが、試験対策上は、この点についての議論に深入りすることなく、①と②の両方の観点から、事案を検討するのが良い。

そして、その考慮要素としては、實際上、①及び②で重なり得るところ、㉞違法の程度、㉟違法行為と証拠との間の因果性、㊱同種の違法行為の頻発性、㊲証拠の重要性、㊳事件の重大性等を考慮することになる（宇藤崇他『刑事訴訟法』（第 2 版）P 419・420 参照）。

応用ポイント

1	（設問 1）所持品検査の限界について、二段階の判断枠組みを用いて適切に検討していること
2	（設問 1）行為①と行為②の相違点を踏まえて、その適法性を検討していること
3	（設問 2）①違法重大性及び②排除相当性の考慮要素を踏まえて、事案に即して判断していること

MEMO

1 第1 設問1

2 1 行為①

3 (1) 行為①は適法か。警察官PとQは、不審事由のある甲に対して職務
4 質問（警職法2条1項）を実施している。そこで、行為①は、職務質
5 問に伴う所持品検査として適法かが問題となる。

6 (2)ア 警職法は2条1項は同項所定の者を停止させて質問することがで
7 きると規定するが、所持品検査については規定していない。しかし、
8 所持品検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効
9 果を上げるために必要性・有効性の認められる行為であるから、同条
10 項の職務質問に付随して行うことができる場合があると解する。

11 イ そして、所持品検査は、任意手段である職務質問の付随行為として
12 許容されるものであるから、原則として、所持人の承諾を得て、その
13 限度で行うことになる。しかし、職務質問及び所持品検査は、犯罪の
14 予防・鎮圧等を目的とする行政警察活動であり、所持人の承諾のない
15 限り、所持品検査が一切許容されないと解するのは相当でない。そ
16 のため、所持品検査においても、搜索に至らない程度の行為は、強制
17 にわたらない限り、許容される場合があると解する。

18 もっとも、所持品について搜索及び押収を受けることのない権利
19 （憲法35条）は、搜索に至らない程度の行為によっても侵害される
20 危険性がある。そこで、所持品検査は、その必要性、緊急性、これによ
21 って害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡等を
22 考慮し、具体的状況の下で相当と認められる限度においてのみ、許容
23 されると解する。

24 (3) 本問で、Pが甲に対し、「服の下に何か持っていますか。」と質問
25 したところ、甲は何も答えずに歩き出す等したから、行為①は、職務
26 質問に際して甲の服の下之物を確認するためになされたものである。
27 したがって、行為①は、職務質問との密接関連性及び必要性・有効性
28 を有するから、職務質問の付随行為である。

29 そして、まず、Pは、甲のシャツの上からへそ付近を触ったにとど
30 まるから、甲の意思を制圧し、そのプライバシー等の重要な権利・利
31 益を制約するものではない。したがって、行為①は、搜索に至らない
32 程度の強制にわたらないものである。

33 次に、Pは、甲のシャツのへそ付近が不自然に膨らんでいることに
34 気づいており、Pらを押しのけて歩き出した甲の腹部がPの右手に当
35 たった際、何か固い物が触れたと感じている。また、Pらが警らして
36 いたのは、凶器を使用した強盗等犯罪が多発している地域であり、その
37 固い物が凶器等の危険物であると考えすることは合理的であるから、こ
38 れを確認する必要性は高い。さらに、当該凶器の性質によっては、人の
39 生命・身体に対する侵害が生じるおそれが十分にあり、行為①の時点
40 で凶器の有無・性質を確認すべき緊急性も高い。他方、甲のプライバ
41 シーに対する侵害は、服の上から腹部を触られる程度のものであり、他
42 人とすれ違った際にも偶然生じ得る程度のものといえるから、重大と
43 はいえない。そうすると、行為①によって、保護される人の生命・身
44 体に対する抽象的な危険と比較しても、甲のプライバシーの要保護性

は高いとはいえず、行為①は相当であるといえる。

(4) 以上より、行為①は、職務質問に伴う所持品検査として適法である。

2 行為②

(1) 行為②は適法か。Pは、甲が隠し持っている物につき、行為①を経て、凶器の可能性は低いと考えるに至ったが、規制薬物等犯罪に関わるものと考えている。しかし、Pは、その規制薬物を具体的に特定することはできていない。そこで、行為②は、職務質問に伴う所持品検査として適法かが問題となる。

(2) 行為②は、甲が「嫌だ」と言って腹部を押さえたのに対し、Qが背後から甲を羽交い絞めにして甲の両腕を腹部から引き離し、Pが物を取り出したという二人がかりで行われたものであるから、甲の意思を制圧するものといえる。また、行為②は、甲の承諾がないのに、甲のシャツの中に手を差し入れて、ズボンのウエスト部分に挟まれていた物を取り出すものであって、一般にプライバシー侵害の程度の高い行為である。そして、シャツの中のズボンのウエストに挟まれた部分は、外部から触れられることが想定されておらず、プライバシーの要保護性が極めて高い部分である。したがって、行為②は、甲の意思を制圧し、そのプライバシー等の重要な権利・利益を侵害するものであるから、搜索に至り、強制にわたる行為である。

(3) 以上より、行為②は、職務質問に伴う所持品検査として違法である。

第2 設問2

1 本件覚せい剤の証拠能力は認められるか。本件覚せい剤は、違法な行為②を経て差し押さえられているから、違法収集証拠排除法則により証拠禁止とされるかが問題となる。

2 違法に収集された証拠物の証拠能力については、将来の違法捜査の抑止、司法の廉潔性の保持及び適正手続の保障の観点から、令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが将来の違法捜査の抑制の見地から相当でないと認められる場合においては、否定されるものと解する。

3 本件覚せい剤は、違法な行為②により発見され、差し押さえられている。そして、行為②は、搜索に至り、強制にわたる行為であり、また、侵害される甲のプライバシーが重要なものであることから、本来的に、裁判官の令状審査による事前審査を経て、許容されるべきものであって、警察官が自らの判断で行うことが許容されるべきものではない。したがって、行為②には、令状主義の精神を没却するような重大な違法があるといえる。また、行為②は、警察官であるPとQが力づくで甲の腹部の物を取り出すものであって、プライバシー侵害の程度が高いところ、このような行為により得られた証拠の証拠能力が許容されると、職務質問に伴う所持品検査が行政警察活動として日常的に行われるものであることも踏まえると、行為②のような行為が広く行われるおそれもある。したがって、将来の違法捜査の抑制の見地から、本件覚せい剤を証拠として許容することは相当でないといえる。よって、本件覚せい剤の証拠能力は、違法収集証拠排除法則により証拠禁止とされるから、認められない。

以上

〔民 事〕

司法試験予備試験用法文を適宜参照して、以下の各設問に答えなさい。

〔設問 1〕

弁護士Pは、Xから次のような相談を受けた。

【Xの相談内容】

「私（X）とYは、かつて同じ大学に通っており、それ以来の知り合いです。私は、平成27年8月頃、Yから、『配偶者が病気のため、急に入院したりして、お金に困っている。他に頼める人もおらず、悪いが100万円程度を貸してくれないか。』と頼まれました。私は、会社勤めで、さほど余裕があるわけでもないのに、迷いましたが、困っているYの姿を見て放っておくわけにはいかず、友人のよしみで、1年後くらいには返してもらうという前提で、Yに100万円を貸してもよいと考えました。私とYは、平成27年9月15日に会いましたが、その際、Yは、『100万円借り受けました。平成28年9月30日までに必ず返済します。』と書いた借用証書を準備しており、これを私に渡し、私も、その内容を了解して、Yに現金100万円を渡しました。なお、友人同士でもあり、利息を支払ってもらう話は出ませんでした。

ところが、返済期限が過ぎても、Yは、一向に返済しません。私は、直ちに100万円を返してほしいですし、返済が遅れたことについての損害金も全て支払ってほしいです。

なお、Yは、平成29年7月末頃までは会社勤めでしたが、同年8月頃から現在まで、個人で自営業をしています。Yは、現在、顧客であるAに対して80万円の売買代金債権を持っているものの、それ以外にめばしい資産はないようです。」

弁護士Pは、【Xの相談内容】を前提に、Xの訴訟代理人として、Yに対し、Xの希望する金員の支払を求める訴訟（以下「本件訴訟」という。）を提起することを検討することとした。

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。^{※1}

- (1) 弁護士Pは、勝訴判決を得た場合の強制執行を確実に行うために、本件訴訟に先立ってXが事前に講じておくべき法的手段を検討した。Xが採り得る法的手段の一つ挙げなさい。また、その手段を講じなかった場合に生じる問題について、その手段の有する効力に言及した上で説明しなさい。
- (2) 弁護士Pが、本件訴訟において、Xの希望を実現するために選択すると考えられる訴訟物を記載しなさい。
- (3) 弁護士Pが、本件訴訟の訴状（以下「本件訴状」という。）において記載すべき請求の趣旨（民事訴訟法第133条第2項第2号）を記載しなさい。なお、付随的申立てについては、考慮する必要はない。
- (4) 弁護士Pが、本件訴状において、請求を理由づける事実（民事訴訟規則第53条第1項）として主張すると考えられる具体的事実を記載しなさい。

〔設問 2〕

弁護士Qは、本件訴状の送達を受けたYから次のような相談を受けた。

【Yの相談内容】

「確かに、私（Y）は、Xが主張する時期に、借用証書を作成した上で、Xから100万円

を借りたことはあります。しかし、私は、返済期限の平成28年9月30日に、全額をXに返済しました。

平成29年に入って、私とXは、大学の同窓会の幹事を担当するようになったのですが、同年9月半ば頃に、私の発言をきっかけにXが幹事を辞任しなくなくなり、関係が悪化してしまったのです。そのようなこともあって、Xは、突然、返したものを返していないなどと言いつ出したのだと思います。

また、今回、Xから請求を受けて思い返してみたのですが、私とXが大学を卒業した直後である平成19年10月1日、私は、Xから懇願されて、気に入っていたカメラ（以下「本件カメラ」という。）を8万円で売って、同日、Xに本件カメラを渡したことがありました。その後、忙しくて、Xに催促しそびれて、お金を受け取らないまま現在に至っています。100万円を返す必要は全くないと考えていますが、万一、その主張が認められなかったとしても、少なくとも前記8万円分を支払う必要はないと思います。」

弁護士Qは、【Yの相談内容】を前提に、Yの訴訟代理人として、弁済の抗弁と相殺の抗弁を主張することとし、これらが記載された本件訴訟における答弁書（以下「本件答弁書」という。）を作成した。弁護士Qは、本件答弁書の提出に先立ち、Xに対し、Xの請求を全面的に争うとともに、8万円分の相殺の抗弁を主張する旨を詳しく記載した内容証明郵便を発送し、Xは、平成30年2月2日、弁護士Pを経由して、同内容証明郵便を受領した。

以上を前提に、以下の各問いに答えなさい。なお、【設問2】以下においては、遅延損害金の請求やこれについての主張を考慮する必要はない。

- (1) 弁護士Qは、本件答弁書に記載した弁済の抗弁につき、次の事実を主張した。

Yは、Xに対し、〔①〕。

上記〔①〕に入る具体的事実を記載しなさい。

- (2) 弁護士Qは、本件答弁書に記載した相殺の抗弁につき、次の各事実を主張することを検討した。

ア Yは、Xに対し、平成19年10月1日、本件カメラを代金8万円で売った。

イ Yは、Xに対し、平成30年2月2日、〔②〕。

- (i) 上記〔②〕に入る具体的事実を記載しなさい。

- (ii) 弁護士Qとして、上記ア及びイの各事実に加えて、「Yは、Xに対し、平成19年10月1日、アの売買契約に基づき、本件カメラを引き渡した。」との事実を主張することが必要か否か。結論とその理由を述べなさい。

【設問3】

弁護士Pは、相殺の抗弁に対して、下記の主張をできないか検討したが、下記の主張は認められない可能性が高いとして断念した。弁護士Pが断念した理由を説明しなさい。^{※2}

記

YのXに対する本件カメラの売買代金債権につき、消滅時効が成立しているところ、Xは同時効を援用する。

【設問4】

第1回口頭弁論期日において、本件訴状と本件答弁書が陳述され、弁護士Pは、弁済の抗弁に係る事実を否認した。第1回弁論準備手続期日において、弁護士Qは、書証として下記①及び②を提出し、いずれも取り調べられ、弁護士Pはいずれも成立の真正を認めた。

記

- ① 銀行預金口座（Y名義）から、平成28年9月28日に現金50万円、同月29日に現金50万円がそれぞれ引き出された旨が記載された預金通帳（本件通帳）
- ② 現在のYの住所につき、「住所を定めた日 平成29年8月31日転入」との記載がある住民票写し（本件住民票）

その後、2回の弁論準備手続期日を経た後、第2回口頭弁論期日において、本人尋問が実施され、Xは、下記【Xの供述内容】のとおり、Yは、下記【Yの供述内容】のとおり、それぞれ供述した。

【Xの供述内容】

「今回、Yから、Yの配偶者が急な病気のため入院して、お金に困っていると泣き付かれました。私には小さい子供が2人おり、家計のやりくりは楽ではないのですが、困っているYを見捨てるわけにもいかず、お金を貸しました。

Yから食事をおごられた記憶はあります。Yのいうとおり、平成28年9月30日だったかもしれません。ただし、その際にお金を返してもらったということは絶対にありません。

私も色々と忙しかったので、私が初めてYにお金の返済を求めたのは、平成29年10月だったと思います。確かに、同年9月半ば頃、私は、同窓会の経理につき、他の幹事たちの面前で、Yから指摘を受けたことはありますが、私が同窓会の幹事を辞任したのは、それとは無関係の理由ですので、私がYを恨みに思っているということはありません。

時期までは聞いていませんが、Yが引っ越しをしたことは聞いています。でも、だからといって、Yがいうように領収書を処分してしまうということは普通は考えられません。そもそも、Yは私に返済していないのですから、Yのこのような領収書が存在するわけもないのです。」

【Yの供述内容】

「私は、配偶者が急に病気になり、入院するなどしたため、一時期、お金に困り、Xに相談しました。Xは快くお金を貸してくれて、本当に助かりました。

幸い、私の配偶者は、一時期の入院を経て元気になり、私たちは生活を立て直すことができました。

私は、返済期限である平成28年9月30日に、Xと会って、レストランで食事をおごるとともに、前々日と前日に銀行預金口座から引き出しておいた合計100万円をXに渡しました。

Xも私もあらかじめ書面は用意していなかったのですが、Xが、その場で自分の手帳から紙を1枚切り取って、そこに、『領収書 確かに100万円を受け取りました。』との文言と、日付と、Xの氏名を記載して、私に渡してくれました。私は、平成29年8月31日に現在の住所に引っ越したのですが、返済して1年近く経っていたこともあり、その引っ越しの際に、他の不要な書類とともに先ほど述べた領収書を処分してしまったので、今回の訴訟にこの領収書を証拠として提出していません。

平成29年に入って、私とXは、大学の同窓会の幹事を担当するようになったのですが、同年9月半ば頃、Xが同窓会費を使い込んでいたことが判明したため、私が、他の幹事たちの面前で、その点をXに指摘し、それをきっかけにXが幹事を辞任したことがあったため、Xは、私を恨みに思っているようでした。そのようなこともあって、同年10月に、返したものを返していないなどと言い出し、請求し始めたのだと思います。」

以上を前提に、以下の問いに答えなさい。

弁護士Qは、本件訴訟の第3回口頭弁論期日までに、準備書面を提出することを予定している。その準備書面において、弁護士Qは、前記の提出された各書証並びに前記【Xの供述内容】及び【Y

の供述内容】と同内容のX及びYの本人尋問における供述に基づいて、弁済の抗弁が認められることにつき主張を展開したいと考えている。弁護士Qにおいて、上記準備書面に記載すべき内容を答案用紙1頁程度の分量で記載しなさい。

※1 各問いの解答は、平成29年民法改正前の民法に基づいて行うものとする。

※2 本問の解答は、平成29年民法改正前の民法に基づいて行うものとする。

出題の趣旨

設問1は、消費貸借契約に基づく貸金返還請求等が問題となる訴訟において、原告代理人があらかじめ講ずべき法的手段とともに、原告の求める各請求に対応した訴訟物や請求の趣旨、請求を理由付ける事実について説明を求めるものである。債権を対象とする民事保全の効力について検討を行うほか、消費貸借契約に基づく貸金返還請求の法律要件につき、附帯請求に係るものを含め、正確な理解が問われる。

設問2は、金銭請求に対する典型的な抗弁事実に関し、民事実体法及び要件事実の理解を問うものである。相殺の抗弁については、自働債権が双務契約に基づいて発生したことを踏まえ、本件の事案に即して、自説を的確に論ずることが求められる。

設問3は、原告代理人の訴訟活動上の選択につき、理由を説明するものである。相殺と消滅時効に関する実体法上の規律を前提に、本件の事案に適切に当てはめて論ずることが求められる。

設問4は、被告代理人の立場から、弁済の抗弁について準備書面に記載すべき事項を問うものである。書証及び当事者尋問の結果を検討し、いかなる証拠によりいかなる事実を認定することができるかを示すとともに、各認定事実に基づく推認の過程を、本件の具体的な事案に応じて、説得的に論述することが求められる。

基本ポイント

- 1 設問1小問(1)では、Pが、勝訴判決を得た場合の強制執行を確実にを行うために、本件訴訟に先立って、Xが「事前に講じておくべき法的手段」の検討が求められているため、適切な民事保全の手段を挙げた上で、その理由を説明することが必要である。解答に際しては、民事保全法に関する以下の基本的知識を前提に、金銭債権を保全するためには「仮差押え」の申立てがなされるべきであることを指摘しなければならない。そして、Xの相談内容から、Pは、YがAに対して80万円の売買代金債権（以下「本件売買代金債権」という。）を有していること及びそれ以外にめばしい資産はなさそうであることを把握しているため、本件売買代金債権に対する仮差押えの申立てをすることになる。

種類	被保全 債権	保全の必要性	具体例
仮差押え（20条）	金銭債 権	「強制執行をすることができな くなるおそれがあるとき、又は 強制執行をするのに著しい困難 を生ずるおそれがあるとき」	不動産に対する仮差押え、 動産に対する仮差押え、債 権に対する仮差押え

仮処分	係争物に関する仮処分 (23 条 1 項)	非金銭債権	係争物の「現状の変更により、債権者が権利を実行することができなくなるおそれがあるとき、又は権利を実行するのに著しい困難を生ずるおそれがあるとき」	占有移転禁止の仮処分、不動産の登記請求権を保全するための処分禁止の仮処分、建物収去土地明渡請求権を保全するための処分禁止の仮処分
	仮の地位を定める仮処分 (23 条 2 項)		「争いがある権利関係について債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるためこれを必要とするとき」	出版禁止の仮処分、賃金仮払いの仮処分、従業員であることの地位保全の仮処分

2 設問 1 小問(2), 小問(3), 小問(4), 設問 2 及び設問 3 では, 要件事実及び主張整理に関する理解が問われている。本件訴訟の攻撃防御の枠組みをまとめると以下の通りになる。

請求の趣旨：被告は，原告に対し，100 万円及びこれに対する平成 28 年 10 月 1 日から支払済みまで年 5 分の割合による金員を支払え。 (設問 1 小問(3))		
訴訟物：消費貸借契約に基づく貸金返還請求権 1 個 (設問 1 小問(2))		
履行遅滞に基づく損害賠償請求権 1 個 合計 2 個 単純併合		
請求原因 (設問 1 小問(4))	抗弁	再抗弁
貸金 ① X Y 間返還合意 ② X の Y に対する 100 万円の交付 ③ X Y 間返還時期合意 ④ 返還時期到来	弁済 (設問 2 小問(1)) ⑧ ① 及び ② の債務につき 100 万円の給付 相殺 (設問 2 小問(2)) ⑨ X Y 間売買 ⑩ Y の X に対する本件カメラの引渡し ⑪ Y の X に対する相殺の意思表示	— (消滅時効) ⑫ 消滅時効期間経過 ⑬ X の Y に対する時効援用の意思表示 ※民法 508 条により，Y の相殺の抗弁が認められる状況であるため，P は，消滅時効の主張を断念した。(設問 3)
遅延損害金 ⑤ ① 及び ② と同じ ⑥ 返還時期経過 ⑦ 損害発生		

なお，設問 1 小問(4)に関し，請求原因①及び②の両事実を表す用語として「貸し付けた」という表現が使用されており，また，⑥（「経過」）が④（「到来」）を包含するため，「平成 28 年 9 月 30 日は経過した」と表現することになる。

3 設問 4 では，被告 Y の訴訟代理人 Q の立場に立って，弁済の抗弁の抗弁事実⑧が認定されるべきであることを準備書面の内容として記載する必要がある（「答案用紙 1 頁程度の分量」という指定がされているため，これに従う必要もある。）。そして，解答に際しては，弁済の抗弁の抗弁事実⑧と整合する行為前の事情，行為時の事情及び行為後の事情に着目して，適切に事実を摘示することが重要である。なお，弁済の要件事実は，⑦

債務の本旨に従った給付をしたこと及び⑦その給付が当該債権についてなされたこととされているから、両事実を意識して、Qの主張を展開することが大切である。

応用ポイント

1	(設問 1 小問(1)) 仮差押えを講じない場合に生じる問題点について正確に言及していること
2	(設問 3) 「時効によって消滅した債権がその消滅以前に相殺に適するようになっていた場合」(民法 508) につき解釈し、事案に即して当てはめていること →この点について、判例(最判平 25. 2. 28) は、「当事者の相殺に対する期待を保護するという民法 508 条の趣旨に照らせば、同条が適用されるためには、消滅時効が援用された自働債権はその消滅時効期間が経過する以前に受働債権と相殺適状にあったことを要すると解される。」としている。
3	(設問 4) 「Yに不利な事実」を意識して、これに対する反論を主張していること →Yが弁済の事実の証明において高い重要性を有する領収証を処分したことは、不自然であり、むしろ、当初から領収証は存在せず、弁済の事実も存在しないことを推認させる事実である。そのため、Qとしては、Yが領収証を処分したことの理由につき、本件住民票から認定できる引っ越しの事実を根拠に主張することになる。
4	(設問 4) 主張書面(訴状、答弁書、準備書面等)において、間接事実を羅列するだけでなく、経験則等を踏まえて、間接事実の意味付けを行い、要証事実の推認過程又は要証事実の推認が妨げられる過程を説明していること

MEMO

1 第1 設問1小問(1)

2 1 Xが採り得る法的手段は、XのYに対する貸金債権を被保全債権とし、
3 YのAに対する売買代金債権（以下「本件売買代金債権」）を目的とする
4 仮差押え（民保法20条1項）である。

5 2(1) 債権に対する仮差押えの執行は、保全執行裁判所が第三債務者Aに
6 対して債務者Yへの弁済を禁止する命令を発する方法によって行う
7 （同法50条1項）。これにより、AのYに対する弁済が禁止され、ま
8 た、Yは、本件売買代金債権の譲渡等の処分を制限され、他方、債権
9 譲渡を受けた第三者も、その譲受けを仮差押債権者Xに対抗できない
10 ことになる。そのため、Aは、仮差押命令を無視してYに弁済すると、
11 勝訴判決を得たXが本執行に移行して本件売買代金債権の支払を求め
12 てきた場合、支払をしなければならない。

13 (2) しかし、仮に、Xが仮差押えの手段を採らなかった場合において、
14 Yが第三者に本件売買代金債権を譲渡したとき、また、AがYに本件
15 売買代金債権について弁済をしたとき、Xは、本件訴訟で勝訴判決を
16 得たとしても、本件売買代金債権に対する強制執行が困難となる。そ
17 こで、このような不都合を回避するため、債権に対する仮差押えが必
18 要である。

19 第2 設問1小問(2)

20 消費貸借契約に基づく貸金返還請求権 1個

21 履行遅滞に基づく損害賠償請求権 1個 合計2個

22 第3 設問1小問(3)

23 被告は、原告に対し、100万円及びこれに対する平成28年10月1日
24 から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

25 第4 設問1小問(4)

26 1 Xは、Yに対し、平成27年9月15日、弁済期を平成28年9月30日
27 と定めて100万円を貸し付けた。

28 2 平成28年9月30日は経過した。

29 第5 設問2小問(1)

30 平成28年9月30日、XY間の平成27年9月15日付消費貸借契約に
31 基づく貸金債務につき、100万円を弁済した

32 第6 設問2小問(2)(i)

33 YのXに対する本件カメラの売買代金債権をもって、Xの本訴請求債
34 権とその対当額において相殺するとの意思表示をした

35 第7 設問2小問(2)(ii)

36 1 Qは、設問記載の事実を主張することが必要である。

37 2 自働債権に同時履行の抗弁権（民法533条）が付着していることが当
38 該債権の発生原因事実から定型的に明らかである場合、その存在効果と
39 して相殺は許されない。そして、自働債権であるYのXに対する本件カ
40 メラの売買代金債権（以下「本件債権」）の発生原因事実は、双務契約で
41 あるAの売買契約（同法555条）であり、同時履行の抗弁権が付着して
42 いることが明らかである。そのため、Qは、相殺の抗弁の要件事実とし
43 て、同時履行の抗弁権の存在効果を消滅させるため、Yが自己の債務に
44 つき弁済又は弁済の提供（同法493条）をした事実を主張する必要がある

る。そして、設問記載の事実、Yが件カメラの引渡債務につき弁済をした事実であるから、Qは、これを主張することが必要である。

第8 設問3

1 Pの検討した主張は、自働債権である本件債権に対する消滅時効の再抗弁（民法167条1項）である。

2 しかし、同法508条は、「時効によって消滅した債権がその消滅以前に相殺に適するようになっていた場合には、その債権者は、相殺をすることができる。」と規定する。そして、同条の趣旨は当事者の相殺に対する期待を保護する点にあるから、同条は、消滅時効が援用された自働債権が、その消滅時効期間が経過する以前に受働債権と相殺適状（同法506条2項参照）にあった場合に適用されると解される。

3 本件債権の弁済期は平成19年10月1日に発生した時点で到来しており、他方、受働債権である本訴請求債権の弁済期は平成28年9月30日に到来している。そして、本件債権については、平成29年10月1日の経過により消滅時効期間が経過している。そうすると、平成28年9月30日の時点から、本件債権と本訴請求債権は相殺適状にあったことになる。そのため、Pは、同法508条が適用されることを踏まえて、上記の再抗弁の主張を断念した。

第9 設問4

1 YがXに対して100万円を給付したこと

(1) Pが本件通帳の成立の真正を認めたため、Y名義の口座から平成28年9月28日に現金50万円、同月29日に現金50万円が引き出された事実が認められる。そして、Xの供述から、XとYが同月30日に会食をした事実及びXがYに対して初めて債務（以下「本件債務」）の弁済を求めたのは平成29年10月であったという事実も認められる。

(2) 通常、支払予定がないのに、高額の現金を預金口座から引き出すことはないから、Yには、100万円を引き出した時点で、その支払予定があったはずであり、その額は、本件債務の額と同額である。そして、高額の現金を授受するためには、直接対面が必要となるところ、YとXは、直接対面をしていることから、100万円の現金の授受が可能であったといえる。また、高額の借金の返済が約定通りになされない場合、通常、速やかに請求等の措置を採るはずであるところ、Xは、本件債務の弁済期である平成28年9月30日から1年間、Yに対し、何らの措置も採っていないから、それ以前に本件債務は弁済されていたと考えるのが自然である。以上より、YがXに対して100万円を給付したことが認められる。

2 100万円の給付が本件債務についてなされたこと

XY間には、本件債務以外の別口債務はないから、100万円の給付が本件債務についてなされたことが認められる。

3 領収書を処分したこと

Pが本件住民票の成立の真正を認めたため、Yが平成29年8月30日に引っ越した事実が認められるところ、Yが引っ越しの際に友人であるXとの金銭の貸し借りに関する約1年前の弁済を証する領収書を処分したとしても不自然ではない。

以上

[刑 事]

次の【事例】を読んで、後記【設問】に答えなさい。

【事例】

- 1 A（21歳，男性）は，平成30年5月30日，「氏名不詳者と共謀の上，平成30年4月2日午前4時頃，H県I市J町2丁目3番K駐車場において，同所に駐車されていたV所有の普通乗用自動車（以下「本件自動車」という。）の運転席側窓ガラスを割るなどして，同車を損壊した上，同車内にあったV所有の現金200万円在中の鞆1個及びカーナビゲーションシステム1台（以下「本件カーナビ」という。）を窃取した。」旨の器物損壊・窃盗被告事件（以下「本件被告事件」という。）でH地方裁判所に公訴提起された。

Aの弁護人は，同年5月30日，Aについて保釈の請求をしたところ，@H地方裁判所裁判官は，刑事訴訟法第89条第4号に該当する事由があり，また，同法第90条に基づく職権による保釈を許すべき事情も認められないとして，同保釈請求を却下した。

- 2 その後，本件被告事件は，公判前整理手続に付することが決定され，検察官は，同年6月12日，証明予定事実記載書面を裁判所に提出するとともにAの弁護人に送付し，併せて，証拠の取調べを裁判所に請求し，当該証拠を同弁護人に開示した。検察官が取調べを請求した証拠の概要は次のとおりである（以下，日付はいずれも平成30年である。）。

・ Vの告訴状（甲1号証）

「本件自動車を壊して，車内にあった現金200万円が入った鞆や本件カーナビを盗んだ犯人として，Aが逮捕されたと聞いたが，知らない人である。盗難被害のほか，本件自動車の損壊についても，Aの厳しい処罰を求める。」

・ K駐車場の実況見分調書（甲2号証）

Vを立会人として行われたK駐車場の実況見分の結果を記載したものであり，同駐車場の位置や広さなどのほか，本件自動車の駐車状況及び被害後の状況を含めた被害現場の状況などが記載されている。

・ Vの警察官面前の供述録取書（甲3号証）

「4月1日午後8時頃，本件自動車をK駐車場に駐車した。本件自動車及び同車内在中の鞆，現金，本件カーナビは，いずれも私が所有するものである。主なもので，その日に銀行から下ろした現金200万円及び本件カーナビ（時価5万円）の損害のほか，本件自動車の修理代金として，約25万円の損害が発生しており，犯人を早く捕まえてほしい。」

・ W1の警察官面前の供述録取書（甲4号証）

「私は，L県内で中古電化製品販売店を営んでおり，中古電化製品の買取りも行っている。4月2日午前11時頃，Aとして身分確認をした男性からカーナビゲーションシステム1台を買い取った。今刑事さんと一緒に買取台帳等を確認し，製品番号などから，このとき買い取ったカーナビゲーションシステムが，本件カーナビであることが分かった。本件カーナビは未販売であり，警察に提出する。また，当店では，買取りに際し，自動車運転免許証等で身分確認をしており，本件カーナビを売却した男性についても，自動車運転免許証の提示を求めた上，その写しを作成して保管しているので，その写しや買取台帳の写しも提出する。」

・ 警察官作成の捜査報告書（甲5号証）

W1から提出されたカーナビゲーションシステムの写真が添付されており，同カーナビゲーションシステムの製造番号が本件カーナビの製造番号と一致することなどが記載されている。

・ A名義の自動車運転免許証の写し（甲6号証）

W1から提出されたA名義の自動車運転免許証の写しであり、乙2号証の身上調査照会回答書記載のAの生年月日、住所地等と合致する記載がある。

- ・ W1から提出された買取台帳の写し（甲7号証）

「買取年月日 30年4月2日」、「顧客名 A」、「商品 カーナビ1台（メーカー名、型番、製造番号）」、「買取代金 3万3000円」等の記載がある。

- ・ W2（男性）の検察官面前の供述録取書（甲8号証）

「私は、自宅近くのコンビニエンスストアで買い物をして帰宅する途中の4月2日午前4時頃、K駐車場前の歩道を歩いていたところ、駐車場内に駐車されていた本件自動車の車内ランプが光っていることに気付き、注視しながら同車に近づいた。同車まで約5メートルの距離まで近づいたところで、黒い上下のウィンドブレーカーを着た身長175センチメートルくらいの男が、慌てた様子で、ティッシュペーパーの箱を2つ重ねたくらいの大きさの電化製品に見えるものを持って同車の運転席側のドアから降りてきて、1秒ほど私と目を合わせた。そして、その男が、同車の横に停車していた自動車の助手席に乗り込むや否や、その車は急発進し、私のすぐ左側を通り過ぎ、K駐車場から出て、左折して走り去った。私は、男たちの行動を不審に感じ、本件自動車に近づいてその様子を見ると、同車の運転席側の窓ガラスが割れていたのど、先ほどの男たちが車上荒らしをしたのだと思い、110番通報をした。本件自動車から降りてきた男については、1秒ほど目が合ったし、自動車が通り過ぎる際にも助手席側の窓ガラス越しに顔を見たので、その男の顔は覚えている。検事から、『これらの写真に写っている男の中に、あなたが見た男がいるかもしれないし、いないかもしれない。』と説明を受けた上で、30枚の男性の顔の写真が貼られたものを見せられたが、12番の写真の男が、顔の輪郭や目鼻立ち、特につり上がった目の感じや左頬のあざなどから、本件自動車から降りてきた男に間違いなくと思う。この12番の写真の男は、知り合いではなく、4月2日に初めて見た男である。また、急発進した自動車の運転席には、助手席に座っていた男とは別の人物が座っていたが、この人物の性別などは分からない。12番の写真の男とは知り合いではないものの、私はK駐車場の直ぐ隣の一軒家に住んでおり、12番の写真の男がその気になれば、私のことを特定したり、私の家を知り得ると思うので、嫌がらせなどされないかが不安だ。」（末尾に「12番」とされたAの写真が含まれた写真台帳が添付されている）。

- ・ Aの警察官面前の供述録取書（乙1号証）

「私は、独身で、3か月前から一人で住所地のマンションに住んでおり、無職である。たまに、工事現場のガードマンとして短期間のアルバイトをして、生活費を稼いでいる。K駐車場には一度も行ったことがない。本件カーナビをW1が経営する中古電化製品販売店に売ったことは間違いがないが、それは、Bという友人から売却を頼まれて売ったのであり、本件カーナビや鞆などを盗んだのは私ではないし、本件自動車を壊したのも私ではない。本件カーナビが盗品であることは知らなかった。刑事さんから、犯行日時に、K駐車場で本件自動車から出てくる私を見た人がいると聞いたが、人違いではないかと思う。」

- ・ Aの身上調査照会回答書（乙2号証）

Aの氏名、生年月日、住所地などが記載されている。

- 3 ⑥Aの弁護人は、検察官請求証拠を閲覧・謄写した後、検察官に対して類型証拠の開示の請求をし、類型証拠として開示された証拠も閲覧・謄写するなどした上、「Aが、公訴事実記載の器物損壊や窃盗を行った事実はいずれもない。Aは、友人Bから本件カーナビの売却の依頼を受けてこれを中古電化製品販売店に売却したが、盗品であることは知らなかった。Aは、公訴事実記載の日時頃、K駐車場にはいなかった。」旨の予定主張事実記載書を裁判所に提出するとともに検察官に送付し、併せて、検察官に対して主張関連証拠の開示の請求をした。

- 4 検察官は、本件被告事件について、Aの公訴提起後も、Bなる人物の所在を捜査していたと

ころ、Bの所在が判明し、更に所要の捜査の結果、このBがAの共犯者であった疑いが濃厚となった。そうしたところ、6月26日に、Aに係る本件被告事件の第1回公判前整理手続期日が開かれたが、その後の7月5日、Bが、「Aと共謀の上、4月2日午前4時頃、H県I市J町2丁目3番K駐車場において、同所に駐車されていたV所有の本件自動車の運転席側窓ガラスを割るなどして、同車を損壊した上、同車内にあったV所有の現金200万円在中の鞆1個及び本件カーナビを窃取した。」旨の器物損壊・窃盗被疑事件で逮捕され、7月6日、H地方検察庁検察官に送致された。Bは、その後、勾留中の取調べにおいて、友人Aと相談の上で、本件自動車を壊して本件カーナビなどを盗んだことを認め、さらに、本件自動車から盗んだ鞆内には、現金200万円のほか、アイドルグループのCD1枚（以下「本件CD」という。）が在中し、同CDを自宅に置いてある旨述べて、自宅にあったCDを、親族を通じて、警察に提出した。検察官は、所要の捜査を遂げ、同月25日、Bについて、被害品を「現金200万円及び本件CD在中の鞆1個並びに本件カーナビ」と変更したほかは、逮捕事実と同じ事実で、H地方裁判所に公訴提起した。

- 5 その後、検察官は、Bに係る事件の捜査を踏まえて、既に公訴を提起していたAに係る本件被告事件について、AとBが共謀の上で行った事実である旨証明するに足りる証拠や本件CDも被害品である旨証明するに足りる証拠が収集できたものと判断し、◎所要の手続を順次行った上、本件被告事件について、下記の甲9号証及び甲10号証の証拠を追加で取調べ請求し、それらの証拠をAの弁護人に開示した。

- ・ Vの警察官面前の供述調書（甲9号証）

「Bの自宅にあったCDを刑事さんから見せてもらったが、私宛てで、私が一番好きなメンバーであるQのサインが書かれていることから、盗まれた私の鞆の中に入っていたものに間違いはない。見当たらなくなっていたので、もしかしたら盗まれた鞆に入っていたのかとも思っていたものの、確信が持てなかったので、当初は被害品として届けていなかった。」

- ・ Bの検察官面前の供述調書（甲10号証）

「友人であるAと相談して、いわゆる車上荒らしをやることにし、事前に役割分担を決めた。具体的には、Aが、マイナスイライバーで、自動車の窓ガラスを割ってドアのロックを外し、車中にある金目の物のほか、カーナビを外して盗み出す役、私が、Aが助手席に乗る自動車を運転して、現場に行き、Aが金目の物やカーナビを盗む間に見張りをして、盗み終わった後も運転役をすることを決めた。4月2日午前4時前頃、私が運転する私の自動車でK駐車場に行き、本件自動車の運転席側の隣に私の自動車を停めた。その後、助手席から降りたAが、マイナスイライバーで、本件自動車の運転席側の窓ガラスを割ってドアのロックを外し、車中に入った。私は、エンジンをかけた状態の私の自動車の運転席に座ったまま周囲に注意を払っていた。その後、Aは、鞆1個のほか、本件カーナビを持って、車外に出てきたが、その際、一人の男性が、私の車の方に近づいてきたのが見えたため、私は、Aが助手席に飛び乗るや否や、私の自動車を急発進させて、K駐車場から逃走した。本件カーナビは、Aが、L県内の中古電化製品販売店に3万円くらいで売った。現金200万円及びAが売却した本件カーナビの売却金については、Aと二等分した。また、Aと盗んだ鞆の中には、現金のほか、本件CDが入っていたが、Aが要らないと言ったので、私がもらって自宅に置いていた。本件CDについても、Aと一緒に盗んだものに間違いはない。」

- 6 8月21日に開かれたAに係る本件被告事件の第2回公判前整理手続期日において、検察官請求証拠に対し、弁護人は、甲8号証及び甲10号証につき、いずれも「不同意」とし、そのほかの証拠については、いずれも「同意」と意見を述べた。

- 7 同期日において、Aに係る本件被告事件に関し、検察官は、「共謀状況及び共同犯行状況等」を立証趣旨としてBの証人尋問を、「犯行目撃状況等」を立証趣旨としてW2の証人尋問を請求した。裁判所は、争点を整理した上、弁護人が同意した証拠についていずれも証拠調べをす

る決定をし、弁護人に対して、B及びW2の証人尋問請求に対する意見を聞いたところ、弁護人は、Bについては、「しかるべく」とし、W2については、「必要がない」旨の意見を述べた。
④裁判長は、検察官に対し、「Bに加えてW2を尋問する必要性」について釈明を求め、検察官の釈明を聞いた上で、B及びW2につき、いずれも証人として尋問する旨の決定をするなどし、公判前整理手続を終結した。

- 8 その後、Aに係る本件被告事件については、9月12日に開かれた第1回公判期日において、B及びW2の証人尋問などが行われたところ、同証人尋問において、B及びW2は、それぞれ、甲8号証、甲10号証のとおり証言した。続いて、同月26日、第2回公判期日において、被告人質問等が行われ、10月17日、第3回公判期日において、検察官及び弁護人がそれぞれ意見を述べ、被告人の最終陳述等が行われた上で結審した。

〔設問1〕

下線部㉔に関し、裁判官が刑事訴訟法第89条第4号の「被告人が罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由がある」と判断した思考過程を、その判断要素を踏まえ、具体的事実を指摘しつつ答えなさい。

〔設問2〕

下線部㉕に関し、Aの弁護人は、刑事訴訟法第316条の15第1項柱書き中の「特定の検察官請求証拠」を甲8号証の「W2の検察官面前の供述録取書」とし、その「証明力を判断するために重要であると認められるもの」に当たる証拠として

- ① 本件被告事件の犯行現場の実況見分調書(W2が説明する目撃時の人物等の位置関係、現場の照度などについて明らかにしたもの)
- ② W2の警察官面前の供述録取書
- ③ 本件被告事件の犯行日時頃、犯行現場付近に存在した者の供述録取書

の開示の請求をしようと考えた。弁護人は、同請求に当たって、同条第3項第1号イ及びロに定める事項(同号イの「開示の請求に係る証拠を識別するに足りる事項」は除く。)につき、具体的にどのようなことを明らかにすべきか、①から③の証拠についてそれぞれ答えなさい。

〔設問3〕

下線部㉖に関し、検察官が順次行った所要の手続について、条文上の根拠に言及しつつ、簡潔に説明しなさい。

〔設問4〕

下線部㉗に関し、以下の各問いについて答えなさい。

- (1) 検察官は、W2の供述によって「Aが公訴事実記載の器物損壊や窃取に及んだ」という事実を立証しようと考えている。この場合、W2の供述は、直接証拠又は間接証拠のいずれに当たるか、具体的理由を付して答えなさい。
- (2) 裁判長が、検察官に対し、「Bに加えてW2を尋問する必要性」について釈明を求めたのはなぜか、条文上の根拠を示しつつ答えなさい。
- (3) 検察官は、W2を尋問する必要性について、どのように釈明すべきか答えなさい。

〔設問5〕

Aに係る本件被告事件の公判前整理手続終結後、第1回公判期日前である8月28日、BがVに対して250万円を弁償し、同日、弁償金を受領した旨の領収証がVからBに交付された。Aの弁護人は、9月15日、同領収証の写しを入手したため、これを第2回公判期日において、

取調べ請求したいと考えた。この場合における，刑事訴訟法上及び弁護士倫理上の問題についてそれぞれ論じなさい。

MEMO

出題の趣旨

本問は、犯人性が争点となる器物損壊、窃盗事件（共犯事件）を題材に、保釈における罪証隠滅のおそれの判断要素（設問1）、類型証拠開示請求の要件（設問2）、訴因の変更の請求及び証明予定事実の追加・変更の手続（設問3）、器物損壊事実及び窃取事実を認定する証拠構造、証拠の厳選、共犯者供述と第三者供述の信用性の相違に着目した証人尋問の必要性（設問4）、公判前整理手続終了後の証拠調べ請求の制限、犯人性を否認している被告人の弁護において共犯者が行った弁償事実に関する証拠を取調べ請求する際の弁護士倫理上の問題点（設問5）について、【事例】に現れた証拠や事実、手続の経過を適切に把握した上で、法曹三者それぞれの立場から、主張・立証すべき事実やその対応についての思考過程を解答することを求めている。刑事事実認定の基本構造、証拠法及び公判手続等についての基本的知識の理解並びに基礎的な実務能力を試すものである。

基本ポイント

- 1 設問1では、裁判官が刑法（以下「法」という。）89条4号該当性を肯定した思考過程について、以下の着眼点（判断要素）を踏まえて説明する必要がある。

	着眼点	検討事項
1	罪証隠滅の対象	どのような事実が対象とされるか
2	罪証隠滅の態様	どのような証拠に対してどのような方法で働き掛けがされるか
3	罪証隠滅の客観的可能性及び実効性（罪証隠滅の余地）	罪証隠滅が客観的に実行可能であるか、効果があるか
4	罪証隠滅の主観的可能性	被告人が、主観的に、具体的な罪証隠滅行為をする可能性があるか

（司法研修所刑事裁判教官室『プロシーディングス刑事裁判』P99を参考にした。）

- 2 設問2では、開示請求の対象となる類型証拠として証拠①から証拠③が挙げられていることを前提に、Aの弁護人の立場から、それぞれについて、法316条の15第1項が規定する各類型（1号から9号）のうちのどの類型に該当するかということ（同条3項1号イ）及び「特定の検察官請求証拠」である甲8号証の証明力判断についての重要性等の開示の必要性（同条3項1号ロ）を説明する必要がある。
- 3 設問3では、検察官が行った下線部㉔の「所要の手続」の内容の説明が求められている。その検討に際しては、Aに関する公訴事実において、共謀者は「氏名不詳者」、窃盗の被害品は「V所有の現金200万円在中の鞆1個及びカーナビゲーションシステム1台」とされていたのに対し、下線部㉔の直前にある通り、「検察官は、…Aに係る本件被告事

件について、AとBが共謀の上で行った事実である旨証明するに足りる証拠や本件CDも被害品である旨証明するに足りる証拠が収集できたものと判断し」ていることに着目して、検察官が行った手続の内容には、「氏名不詳者と共謀」を「Bと共謀」にし、被害品として本件CDを加える旨の訴因変更請求（法 312 条 1 項）が含まれることを指摘しなければならない。

- 4 設問 4 小問(1)では、直接証拠（要証事実を直接認定できる証拠）及び間接証拠（要証事実を推認させる間接事実を認定できる証拠）の意義を念頭に、W 2 の供述を用いた場合、要証事実である「Aが公訴事実記載の器物損壊や窃取に及んだ」という事実がどのように認定され得るかという認定過程・推認過程を説明して、W 2 の供述は間接証拠であると解答することになる。そして、認定過程・推認過程の説明に際しては、W 2 の供述から、直接認定できる事実の内容を特定する必要がある。

設問 4 小問(2)では、裁判長が証人尋問につきBのみで十分であり、W 2 までには不要であると判断している理由を説明する必要がある。この点については、甲 10 号証から予想される証人尋問におけるBの供述内容と甲 8 号証から予想される証人尋問におけるW 2 の供述内容とを比較して、直接証拠である前者が上記要証事実との関係で証拠価値が高いことを指摘することになる。

設問 4 小問(3)では、供述内容の観点からはBの証人尋問のみで十分であると予想されることを前提に、それでもなおW 2 の証人尋問まで必要であることについて、供述内容の観点とは異なる観点からの説明をすることが大切である。

- 5 設問 5 では、刑事訴訟法上の問題について、既に公判前整理手続が終了していることを踏まえ、領収証の写しの証拠調べ請求が法 316 条の 32 第 1 項との関係で問題となることを指摘する必要がある。その上で、BのVに対する被害弁償及びVのBに対する領収証の交付が公判前整理手続終了後になされていることが「やむを得ない事由」に当たかどうかを判断することになる。なお、弁護士倫理上の問題については、領収証の写しの証拠調べ請求は、Aが犯人であり有罪であることを前提に、量刑上、Aに有利に働く可能性のある情状事実としての被害弁償の事実を証明するためのものであることから、自己の犯人性を否認して無罪を主張しているAの意思・利益と衝突し得る点に気付くことが大切である。

応用ポイント

1	（設問 2）証拠①から③につき、それぞれ、適切な類型を指摘し、その開示の必要性を説明していること
2	（設問 3）公判前整理手続継続中であることを踏まえて、検察官が行った下線部③の「所要の手続」の内容を説明していること →検察官は、速やかに、その追加し又は変更すべき証明予定事実を記載した書面を、

	裁判所に提出し，A又はAの弁護人に送付する（法 316 条の 21 第 1 項）。なお，下線部㉔の直後，検察官は，追加・変更後の証明予定事実を証明するための証拠である甲 9 及び甲 10 について，追加で取調べ請求し（同条 2 項），A の弁護人に開示している（同条 4 項・316 条の 14 第 1 項）。
3	（設問 4 小問(2)）裁判長が釈明を求めた理由の説明において，条文上の根拠を示していること →裁判長は，証拠の厳選（刑訴規則 189 条の 2）を根拠に釈明を求めた（同 208 条 1 項）。
4	（設問 4 小問(3)）B と W 2 の立場の違いを踏まえて，供述内容の信用性の観点から，W 2 の証人尋問まで必要であることを説明していること →B は共犯者であるのに対し，W 2 は第三者である。
5	（設問 5）弁護士倫理上の問題について，弁護士職務基本規程の条文に関連付けて説明していること →A の弁護人は，A の意思を尊重する（基本規程 22 条 1 項）必要があるため，A と協議し（同 36 条），領収証の写しの提出が A にとって最善の弁護活動（同 46 条）となるかを検討しなければならない。

MEMO

1 第1 設問1

2 まず、Aは、本件被告事件に関し、犯人性を否認しており、今後、こ
3 の点が争点となる可能性がある。そうすると、Aの犯人性に関する事実
4 を対象とした罪証隠滅のおそれがある。そして、Aは、Vの鞆を廃棄し、
5 目撃者W2に対して自己に有利な供述をするよう働き掛け、存在が予定
6 される共犯者と口裏合わせをすることが予想される。また、Aは、Vの
7 鞆の廃棄や共犯者との口裏合わせも客観的に実現可能であり、W2がK
8 駐車場の隣に住んでいるからW2に対する働き掛けも客観的に実現可能
9 であり、これらが奏功するとAの犯人性の認定が消極に傾く可能性もあ
10 るから、実効性もある。そうすると、Aがこれらの行為を行う動機もあ
11 る。したがって、刑法（以下「法」）89条4号に該当する。

12 第2 設問2

13 1 証拠①

14 (1) 法316条の15第3項1号イ

15 証拠①は、法316条の15第1項3号の類型に該当する。

16 (2) 法316条の15第3項1号ロ

17 W2の犯行目撃時の視認状況が良好でない場合、W2の供述内容に
18 は事実誤認が含まれている可能性があることになり、甲8の信用性は
19 低下する。そのため、W2の犯行目撃時の視認状況を検討することは、
20 甲8の証明力判断に重要であるから、開示される必要がある。

21 2 証拠②

22 (1) 法316条の15第3項1号イ

23 証拠②は、法316条の15第1項5号ロの類型に該当する。

24 (2) 法316条の15第3項1号ロ

25 警察段階での取調べにおいて、例えば、W2が犯人の顔は見えなかつ
26 った等と供述している場合、本件の争点との関係で重要な部分に関し
27 て供述の変遷・矛盾等があることになり、甲8の信用性は低下する。
28 そのため、W2の供述の変遷・矛盾等の有無を検討することは、甲8
29 の証明力判断に重要であるから、開示される必要がある。

30 3 証拠③

31 (1) 法316条の15第3項1号イ

32 証拠③は、法316条の15第1項6号の類型に該当する。

33 (2) 法316条の15第3項1号ロ

34 犯行現場に存在したW2以外の者の供述内容が甲8の供述内容と矛
35 盾・相反する部分を含むものであれば、甲8の信用性は低下し得る。
36 そのため、その者の供述内容と甲8の供述内容とを比較検討すること
37 は、甲8の証明力判断に重要であるから、開示される必要がある。

38 第3 設問3

39 まず、検察官は、本件被告事件の公訴事実の記載に関し、「氏名不詳者
40 と共謀」を「Bと共謀」にし、被害品として本件CDを加える旨の訴因
41 変更請求をする（法312条1項）。そして、速やかに、その追加し又は変
42 更すべき証明予定事実を記載した書面を、裁判所に提出し、A又はAの
43 弁護人に送付する（法316条の21第1項）。

44 第4 設問4

1 小問(1)

(1) 直接証拠とは、要証事実を直接認定できる証拠をいい、間接証拠とは、要証事実を推認させる間接事実を認定できる証拠をいう。

(2) 要証事実とは、「Aが公訴事実記載の器物損壊や窃取に及んだ」という事実である。しかし、W2の供述内容は、Aが慌てた様子で、ティッシュペーパーの箱を2つ重ねたくらいの大きさの電化製品に見える物を持って本件自動車の運転席側のドアから降りてきたというものであるから、Aが本件自動車に対して損壊行為を行ったこと及びAが鞆や本件カーナビを持ち出したことを含まない。したがって、W2の供述からは、要証事実を直接認定できない。しかし、W2の供述からは、運転席側の窓ガラスの割れた本件自動車からAが降りてきた事実を認定できる。そして、この事実は、その直前に、Aが車上荒らし等の目的で窓ガラスを割って本件自動車の中に入ったことの結果としての意味合いを持つ事実であるから、要証事実を推認させる。したがって、W2の供述は間接証拠である。

2 小問(2)

Bの供述は、要証事実である「Aが公訴事実記載の器物損壊や窃取に及んだ」という事実を直接認定させるから、直接証拠である。他方、W2の供述は、前述の通り、間接証拠である。そこで、裁判長は、要証事実との関係で証拠価値の高いBの供述のみで足りると考え、証拠の厳選(刑訴規則189条の2)を根拠に釈明を求めた(同208条1項)。

3 小問(3)

Bは、共犯者であり、自己の責任をAに転嫁して、責任を免れ又は軽減されようとするべき立場にあるから、利害関係のない第三者であるW2の供述に比べて信用性が低い。この場合、Bの供述内容とW2の供述内容が整合するとき、Bの供述の信用性が認められる。そこで、Bの供述の信用性を支えるため、W2を尋問する必要がある。

第5 設問5

1 刑事訴訟法の問題

本件被告事件の公判前整理手続は終了しているから、Aの弁護人は、原則として、領収証の写しの証拠調べ請求ができない(法316条の32第1項)。そこで、「やむを得ない事由」が認められるかが問題となる。

公判前整理手続が終了したのは8月21日であるが、Bが、Vに弁償金を支払って、Vから領収証を交付されたのは同月28日である。そうすると、領収証及び同写しは、公判前整理手続が終了した時点では存在しなかったものであるから、「やむを得ない事由」が認められる。

2 弁護士倫理上の問題

弁償金の支払は、Vの損害の回復を図る趣旨でされているから、領収証の写しは、Aが有罪であることを前提として、情状事実を証明するための証拠となる。しかし、本件被告事件において、Aは犯人性を否認しているから、同写しの提出はAの主張との一貫性を欠き、これを弱める危険性がある。そこで、Aの弁護人は、Aの意思を尊重する(基本規程22条1項)ため、Aと協議し(同36条)、同写しの提出がAにとって最善の弁護活動(同46条)となるかを検討しなければならない。 以上

MEMO